

**Zulässigkeit und Durchführbarkeit
einer Testamentsvollstreckung
über ein Handelsgeschäft**

Dietrich Oberberg

1965

T h e m a

Z u l ä s s i g k e i t u n d D u r c h f ü h r b a r k e i t

einer

T e s t a m e n t s v o l l s t r e c k u n g

über ein

H a n d e l s g e s c h ä f t

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München**

vorgelegt von

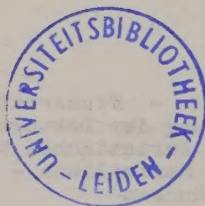
Dietrich Oberberg

1965

Referent : Professor Dr. Herbert Wiedemann

Korreferent : Professor Dr. E. Steindorff

Tag der mündlichen Prüfung : 22. Dezember 1965



Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung und Vorbereitungen

1. Begründung der Arbeit

1 - 5

2. Abgrenzung der Aufgabe

5 - 8

3. Darstellung der Arbeit

8

Einleitung

8

Die rechtliche Stellung des Handelsreisenden

8

MEINER LIEBEN FRAU

1. Vorbereitender oder innerer Geschäftsbegriff

8 - 9

2. Darstellung außerhalb des Geschäfts

10

3. Geschäftsbegriff des H.

10

4. Sinn der Geschäftsbegriffe

11

5. Übertragung dieser Theorie auf die

11

Geschäftsverhältnisse

11

6. Anwendung der Theorie auf einige

11

erwähnte Beispiele

11

7. Geschäftsverhältnisse des Handelsreisenden

11

8. Vorbereitender Begriff und innerer Geschäftsbegriff

11

9. Unterbrechung des inneren Geschäftsbegriffs

11

10. Unterbrechung des inneren Geschäftsbegriffs

11

2. Formrechtliche Begriffe aus der Sicht

11

des Handelsreisenden

11

der Handelsreisenden

11

Stellung

11

1. Argumente der Aufhebung der Bindung

11

2. Bedeutung der Bindungsfähigkeit

11

3. Rechtliche Begriffe in der Praxis

11

Begriffe: Begriffe des Handelsreisenden

11

Befugnis

11

1. Stellung dieses Begriffs

11

2. Anwendung dieses Begriffs und Frage der

11

analogen Anwendung auf die Handelsreisenden

11

3. Vergleichbarkeit dieses Begriffs mit dem

11

über den Handelsreisenden der Handelsreisenden

11

vollstreckung (H. V. B.)

11

4. Zusammenfassung

11

		Seite:
<u>2. Kapitel</u>		45
<u>Mittelbare Testamentsvollstreckung der h.M.</u>		
(Treuhand- und Vollmachtlösung)		45
§ 1 <u>Handelsrechtliche Bedenken:</u> Unternehmerstel-	lung des Testamentsvoll =	
	streckers	45 - 46
§ 2 <u>Zivilrechtliche, insbesondere erbrechtliche</u>		
<u>Bedenken:</u> Auslegung und Wirksamkeit der	Anordnung	46
A. Zulässigkeit der Anordnung einer mittel-	baren Testamentsvollstreckung	46 - 54
B. Notwendigkeit einer Auslegung der letzt =	willigen Anordnung	55 - 61
C. Auslegung der Anordnung		62 - 74
D. Bedeutungslosigkeit von Auflage und Treu =	hand für die Wirksamkeit der Anordnung	75 - 77
E. Unvereinbarkeit einer Bedingung mit dem	mutmaßlichen Erblasserwillen	77 - 79
F. Unzulässigkeit oder Unbrauchbarkeit des	Innenverhältnisses	79 - 82
G. Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes		82
H. Notwendigkeit der Nachlaßbezogenheit einer	Auflage	83 - 84
J. Unbegrenzter Regreßanspruch des Testaments-	vollstreckers	84 - 85
§ 3 <u>Zwischenergebnis</u>		85 - 86
<u>3. Kapitel</u>		87
<u>Weitere Ersatzformen der undurchführbaren</u>		
<u>Testamentsvollstreckung</u>		87
§ 1 <u>Objektbezogenes oder neutrales Handeln</u>		87
A. Auffassung von Dölle		87
B. Objektive Wirkung des neutralen Handelns		88
C. Subjektive Bedeutung der objektbezogenen	Tätigkeit	88 - 90
§ 2 <u>Pflegschaft</u>		90
A. Verhältnis zwischen Testamentsvollstreckung	und Pflegschaft	90 - 91
B. Auswirkungen einer Pflegschaft		91 - 92

	Seite:
§ 3 <u>Vollmacht auf den Todesfall</u>	92
A. Zulässigkeit einer derartigen Vollmacht	92 - 94
B. Ablehnung dieser Möglichkeit	94
§ 4 <u>Vor- und Nacherbschaft</u>	95
A. Bisheriges Ergebnis	95 - 96
B. Verwandtschaft zwischen Testamentsvoll- streckung und Vor- und Nacherbschaft	96 - 98
C. Nutzungsberechtigung des Vorerben als wesentlicher Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten	98
D. Möglichkeit einer Angleichung beider Rechtsinstitute	99 - 105
E. Ergebnis	105
<u>Schlußbemerkung</u>	106

Literaturverzeichnis

- Ahlborn: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers in den Personalgesellschaften, Diss. Hamburg 1963
- Bartholomeyczik: Erbrecht, 6. Aufl. Beck, München und Berlin 1964
- Barz: Treuhandverwaltung und persönliche Haftung des Vermögensinhabers, NJW 47/48, 44
- Baumbach-Duden: Handelsgesetzbuch, 15. Aufl., Beck, München und Berlin 1962
- Baumbach-Hueck: GmbH-Gesetz, 11. Aufl., Beck, München und Berlin 1964
- Baur: Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, Festschrift für Dölle: Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Bd. I, S. 249, Mohr, Tübingen 1963
- "Nutzungen" eines Unternehmens bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung JZ 1958, 465
- Berger: Die Rechtsstellung des Erben eines offenen Handelsgesellschafters, Diss. Rostock 1935
- Binder: Die Rechtsstellung des Erben, 1. Teil, Deichert, Leipzig 1901
- Boehmer: Die Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt., Mohr, Tübingen 1952
zit.: Boehmer, Grundlagen
- Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben, RG - Praxis im Deutschen Rechtsleben, III. Bd., S. 216, Gruyter, Berlin und Leipzig 1929
zit.: Boehmer, RG-Praxis III
- Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtslagen des Erblassers, JW 1938, 2634
- Bolte: Der Paragraph 27 des neuen Handelsgesetzbuches, ZHR 51, 413
- Bondi: Anm. zur Entscheidung des RG vom 26.3.1931 in JW 1931, 3073
- Brand: Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters, ZBlHR 28, 97
- Buchwald: Gesellschaftsanteil und Erbrecht, AcP 154, 22
- Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag JR 1955, 173
- Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., 8. Aufl., Fischer, Jena 1927
zit: Cosack

- Dietrich: Anm. zur Entscheidung des RG vom 4.3. 1943 in DR 1943, 807
- Dölle: Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift für F.Schulz, II.Bd., Böhlau, Weimar 1951
- Donner: Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Kaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten, DNotZ 44,1 43
- Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, I.Bd., 3.Aufl. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
- Düringer-Flechtheim: Das Handelsgesetzbuch, II.Bd., 2.Hälfte Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
zit.: Flechtheim
- Einmahl: Die Ausübung der Verwaltungsrechte des Gesellschafters durch den Testamentsvollstrecker, AcP 160, 29
- Eiselt: Die Vererbung der Beteiligung an einer OHG, AcP 158, 319
- Enneccerus-Kipp-Coing: Erbrecht, 11.Aufl., Mohr, Tübingen 1960
zit.: Kipp-Coing
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., 1.Halbbd., Tübingen 1959
2.Halbbd., Tübingen 1960
zit.: Enn.-Nipp.
- Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände, 3.Aufl., Aschendorff, Münster 1962
zit.: Erman-Westermann usw.
- Fischer: Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Erben in einer Personengesellschaft des Handelsrechts, BB 1956, 839
- Foer: Die Berücksichtigung des Willens des Testators bei der Auslegung mehrdeutiger Verfügungen von Todes wegen, AcP 153, 492
- Gareis: Das Deutsche Handelsrecht, 8.Aufl., Guttentag, Berlin 1909
- J.v.Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7.Aufl., Gruyter, Berlin 1955
- Die Fortsetzung der OHG mit dem Erben eines Gesellschafters, Festschrift für Wieland, S.94, Basel 1934
zit.: J.v.Gierke, Festschr.
- v.Godin: Einzelfragen aus dem Recht der OHG, JR 1948, 61

- Goldschmit:** Die Beerbung des Einzelkaufmanns durch mehrere Erben, JW 1931, 3057
- Groschuff:** Zur Frage der Registerfähigkeit der Testamentsvollstrecker, Treuhänder und Zwangsliquidatoren, JW 1938, 1361
- Haegele:** Der Testamentsvollstrecker, Walhalla, Regensburg 1953
- Einzel- und Zweifelsfragen um den Testamentsvollstrecker in der Rechtsprechung und im Schrifttum, in "Der Deutsche Rechtspfleger", Festschr. 1957 S.147 zit.: Haegele, Rspfl.
- Hallermann:** Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Beteiligung des Erblassers in einer Personalgesellschaft, Diss.Münster 1954
- Hamann:** Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen nach Handelsrecht, Diss. Marburg 1963
- Haupt-Reinhardt:** Gesellschaftsrecht, 4.Aufl., Mohr, Tübingen 1952
- Heldrich:** Die Geltung der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers, JherJb 79, 315
- Herzfelder:** Anm. in JW 1918, 172 (Nr.8)
- Heymann-Kötter:** Handelsgesetzbuch, 20.Aufl., Gruyter, Berlin 1950
- Hildebrandt:** Das Handelsgeschäft als Nachlaßgegenstand, DFG 39, 191
- Hilderscheid:** Die unwiderrufliche Vollmacht und ihre Bedeutung für die Amtstätigkeit des Notars, DNotZ 38, 482
- Holch:** Testamentsvollstreckung an einer OHG - Beteiligung? DNotZ 58, 282
- Hubmann:** Das Recht am Unternehmen, AcP 117, 41
- Hueck:** Das Recht der OHG, 3.Aufl., Gruyter, Berlin 1964
zit.: Hueck, OHG
- Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, DNotZ 56, 550
- Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäftes, ZHR 108, 1
- Johannsen:** Anm. zu BGH 12, 100 in LM § 2216 Nr.1
- Kemmer:** Auslegung letztwilliger Verfügungen, DJ 1940, 1183
- Küster:** Zur Frage der Gestaltbarkeit der Rechtsnachfolge für den Todesfall bei der OHG, DNotZ 56, 460

- Lange: Lehrbuch des Erbrechts, Beck, München und Berlin 1962
- Larenz: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930
- Lehmann: Allgemeiner Teil des BGB, 14. Aufl., Gruyter, Berlin 1963
- Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch, I. Bd., 2. Aufl., Heymann, Berlin 1914
zit.: Lehmann-R.
- Lenz: Handelsregister - rechtliche Einzelfragen in der notariischen Praxis, DNotZ 39, 320
- Leonhard: Erbrecht, 2. Aufl., Heymann, Berlin 1912
- Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, AcP 120, 14
- Leopold: Testamentsrecht, Gruyter, Berlin 1939
- Liebisch: Über die Rechtsstellung des Erben eines offenen Handelsgesellschafters, ZHR 116, 128
- Mains: Der Testamentsvollstrecker im Handelsregister, DFG 1939, 191
- Manigk: Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung, Vahlen, Berlin 1918
- Willenserklärung und Willensgeschäft, Vahlen, Berlin 1907
- Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, JW 1930, 2193
- Merkel: Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer OHG, BB 56, 835
- Michaelis: Zur Rechtsstellung des Gesellschafters = erben, ZAkDR 43, 233
- Möhring-Selzam: Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, 5. Aufl., Verlag "Recht und Wirtschaft", Heidelberg 1963
- Motive: Zu dem Entwurfe eines BGB, Bd. I, IV, V, Guttentag, Berlin, Leipzig 1888
- Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl. Mohr, Tübingen 1928
- Das lebensnahe Erfassen von Gesetz und rechtsgeschäftliche Erklärung, DJ 1937, 1657
- Besprechung von Isay:
Das Recht am Unternehmen ZHR 71, 417
- Müller-Freienfels: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Mohr, Tübingen 1953

- Nolte: Zur Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung nach Handelsrecht, Festschrift für Wipperdey, S.493, Beck, München 1965
- Oertmann: Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Heymann, Berlin 1927
- Offermann: Die Haftung des Erben eines OHG - Gesellschafters, Diss.Köln 1937
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 24.Aufl., Beck, München und Berlin 1965
zit.: Palandt-Keidel usw.
- Patzschke: Probleme in Bezug auf das Weiterbestehen der OHG mit den Erben eines Gesellschafters, ZHR 113, 1
- Petersen: Der Gedanke des Sondererbrechtes und § 139 HGB, Diss. Mainz 1961
- Zum Verhältnis von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Nachfolge von Erben in eine Personalgesellschaft, JZ 1960, 211
- Pinner: Die Vererbung eines Handelsgeschäfts unter besonderer Berücksichtigung der Prinzipien für die Erbenhaftung im BGB und im HGB, Diss. Rostock 1904
- Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechts = verkehrs, Manns, Wien 1907
- Das kaufmännische Unternehmen, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd.II, Reiland, Leipzig 1918
zit.: Pisko, Handbuch
- Planck: Kommentar zum BGB, Bd.V, 4.Aufl., Gruyter, Berlin-Leipzig 1930
- Prasch: Die unmittelbare Nachfolge der Erben in die Mitgliedschaft eines offenen Handels = gesellschafters, Diss. München 1961
- Protokolle: des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches Bd.V, Guttentag, Berlin 1899
- Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Bd.IV, 2.Teil, Gruyter, Berlin 1964,
10/11.Aufl.
Bd. V, 1.Teil, - 1960, 11.Aufl.
Bd. V, 2.Teil, - 1961, 11.Aufl.
- Reichsgerichtsrätekommentar zum Handelsgesetzbuch: Bd.I, 2.Aufl., Gruyter, Berlin 1953
zit.: Würdinger
Bd.II, 2.Aufl., - - 1950
zit.: Weipert

- Richardi: Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, Vahlen, Berlin und Frankfurt a.M., 1961
- Riesenfeld: Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Guttentag, Berlin 1916
- Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., Müller, München"Berlin 1932
- Scheel: Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder bei Fortführung eines Handelsgeschäftes des Erblassers, Diss.München 1962
- Schiedermair: Anm. zur Entscheidung des RG in DR 1939, 936
- Schilling: Zur Ausübung fremder Gesellschafterrechte im eigenen Namen, Festschrift für W.Schmidt, Gruyter, Berlin 1959
- Schlegelberger: Handelsgesetzbuch, 4.Aufl., Vahlen, Berlin und Frankfurt
Bd.I, 1960, zit.: Schlegelberger-Hildebrandt
Bd.II, 1963, zit.: Schlegelberger-Geßler
- Schlicht: Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB) ?
NJW 1954, 984
- Schmidt: Die "Eigenständige Unternehmung", GmbH - Rdsch.1959, 105
- Schmitz-Valckenberg: Die Testamentsvollstreckung bei Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, Diss.Köln 1961
- Schneider-Martin: Familienunternehmen und Unternehmertestament, 4.Aufl., Verlag "Recht und Wirtschaft", Heidelberg 1963
- Scholz: Kommentar zum GmbH - Gesetz, 5.Aufl., Schmidt, Köln - Marienburg 1964
- Schumann: Handelsrecht, Bd.I, Gabler, Wiesbaden 1954
- Schwerdtfeger: Mittelbare Testamentsvollstreckung in einer fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft
Diss. Göttingen 1960
- Siebert: Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Festschrift für A. Hueck, S.330
München und Berlin 1959
zit.: Siebert, Festschr.
- Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, BB 1956, 837

- Siebert: Nachfolge eines Miterben in die Gesellschaftserstellung bei der offenen Handelsgesellschaft, BB 1957, 18
- Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, NJW 1955, 809
- Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, in Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 3, Aufl., Karlsruhe 1958
zit.: Siebert, Gesellschaftsvertrag
- Siller: Die Konversion (§ 140 BGB), AcP 138, 144
- Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart
Bd. IV, Familienrecht, 1963
zit.: Soergel-Siebert
Bd. V, Erbrecht, 1961
zit.: Soergel-Ehard-Eder
- Sommer: Der Testamentvollstrecker im Handelsrecht, DNotZ 1936, 937
- Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, Gruyter, Berlin, Leipzig 1932
zit.: Staub-Bondi
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schweitzer, Berlin
Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1957
zit.: Staud.-Coing
Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München Berlin, Leipzig 1936
Bd. V, Erbrecht, 1. Teil, 11. Aufl., 1954
zit.: Staud.-Boehmer usw.
Bd. V, Erbrecht, 2. Teil, 10/11. Aufl., 1960
zit.: Staud.-Dittmann usw.
- v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Hälfte, Duncker & Humblot, München und Leipzig 1918
- Vogels: Anm. zur Entscheidung des KG in DJ 1939, 1006
- Weidlich: Die rechtliche Stellung des Testamentvollstreckers unter dem Gesichtspunkt der Treuhand, Diss. Halle 1935
- Weiler: Die Rechtsstellung des Testamentvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, DNotZ 1952, 283
- Weißer: Die Stellung der Miterben bei der Nachfolge in die Mitgliedschaft einer OHG, Diss. Tübingen 1962
- Wieland: Handelsrecht, Bd. I: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, Ducker & Humblot, München und Berlin 1921

- Wiesmann: Die Vererblichkeit der Gesellschafter=
stellung in der Personengesellschaft,
Diss. Münster 1961
- Wolf: Fragen um die Rechtsnachfolge des ver=
storbenen "offenen" Gesellschafters,
NJW 1954, 1549
- Würdinger: Betrachtungen zur Reform der
Personalgesellschaften,
AcP 144, 129

Einführung und Problemstellung

I. Darstellung der herrschenden Meinung

1. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Problem der Zulässigkeit und Durchführung einer Verwaltungstestamentsvollstreckung über ein Einzelhandelsgeschäft. Es handelt sich darum, nach dem Tode des Erblassers das Unternehmen fortzuführen, diese Fortführung jedoch einer Testamentsvollstreckung (TVg) zu unterstellen¹⁾.
2. Hinter diesem konkreten Problem steht die grundsätzliche Schwierigkeit der Vereinbarkeit und Abgrenzung von Gesetzesvorschriften verschiedener Rechtsgebiete. Im vorliegenden Falle stehen sich Normen des Handelsrechtes und des Erbrechtes gegenüber²⁾, die sich vor allem in haftungsrechtlicher Hinsicht unterscheiden. Da ein Testamentsvollstrecker (TV) "Verbindlichkeiten nur für den Nachlaß" eingehen kann (§ 2206 BGB), und der Erbe insoweit berechtigt ist, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken (§ 1967^{II} BGB), läuft nach der grundlegenden Entscheidung des RG in Bd.132,138³⁾ die Führung eines Handelsgeschäftes durch einen TV auf ein unzulässiges "Handelsgeschäft mit beschränkter Haftung"⁴⁾ hinaus, was mit den Anforderungen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs nicht zu vereinbaren sei⁵⁾.

-
- 1) Gegenstand dieser Arbeit ist nur die Verwaltungstestamentsvollstreckung nach § 2209 BGB; eine TVg hinsichtlich Abwicklung, Auseinandersetzung und Durchführung einzelner Anordnungen (§§ 2204, 2208 BGB) bleibt außer Betracht.
 - 2) Baur S.249-250; Nolte S.493, 496; Hamann S.1; Wiesmann S.66; Schmitz-Valckenberg S.75; vgl. ferner Staud.-Lehmann § 1967 A.65; Hueck DNotZ 52,550(551); Hildebrandt DFG 37,153; Schlicht NJW 54,985; Buchwald AcP 154,33; Michaelis ZAkDR 43,234(a.E.); Petersen JZ 60,211.
 - 3) Abgedruckt auch in JW 31,3073=JFG 8,1=DNotZ 31,640.
 - 4) RG aaO.
 - 5) RG aaO.

Eingeleitet wurde diese Rechtsprechung durch eine Entscheidung des OLG Dresden¹⁾, in der die Eintragung der TVg in das Handelsregister ausschließlich aus formalen Erwägungen abgelehnt, die Möglichkeit einer TVg über ein Handelsgeschäft indessen noch nicht in Frage gestellt wurde²⁾. Das RG übernahm in der genannten Entscheidung die Begründung des OLG Dresden, lehnte aber darüber hinaus die Zulässigkeit einer TVg gemäß § 2197 ff BGB im Falle eines Handelsgeschäftes ab³⁾.

Diese Entscheidung des RG wurde in der Folgezeit wiederholt durch die höchstrichterliche Rechtsprechung⁴⁾ bestätigt und auch in der Literatur⁵⁾ ganz allgemein gebilligt, soweit

1) JFG 5,217.

2) OLG Dresden aaO; vgl. Leopold S.195; Nolte S.494.

3) RG aaO.

4) BGH 35,13;
BGH 26,333;
BGH 24,106 = LM Nr.1 zu § 2218 = NJW 57,1026 = DNotZ 57,
413 = BB 57,523;
BGH 12,100 = NJW 54,636 = LM Nr.1 zu § 2216 = DNotZ 54,
270 = BB 54,172;
RG 172,199 = DR 44,339;
RG 170,392 = DR 43,807;
RG 132,138 = JW 31,3073 = JFG 8,1 = DNotZ 31,640;
KG NJW 59,1086;
KG DR 43,3353;
KG JFG 18,276 = JW 39,104 = DJ 39,1006 = DNotZ 39,344 =
DFG 38,267 = HRR 39 Nr.10;
KG JW 37,2599 = HRR 37,1374 = DNotZ 37,766;
KG JW 36,1137 = HRR 36, 268;
OLG München JFG 14,428 = DFG 37,42;
OLG Dresden JFG 5,217.

5) Staud.-Dittmann § 2197 Vorb.65; derselbe § 2205 A.56 ff;
RGR-K § 2205 A.6 ff; Soergel-Ehard-Eder § 2205 A.5;
Erman-Hense § 2205 A.3,5; Erman-Barthol. § 1922 A.4e und
§ 1967 A.8; Palandt-Keidel § 2205 A.1 b,bb;
Schlegelberger-Hildebrandt § 22,8; Würdinger § 27 A.26;
Baumbach-Duden § 1 A.6 C; Weipert § 139 A.13.
Kipp-Coing S.289-290; Hueck OHG S.18-19,304; Lange S.303-
304; Leopold S.195; Haegeler S.37; Holch DNotZ 58,291;
Lenz DNotZ 39,322-323; Bondi JW 31,3073; Mains DFG 39,
192; Hueck ZHR 108,28 (31); Siebert, Festschr. S.330 (337);
Weiler DNotZ 52,300; Donner DNotZ 44,143; Vogels DJ 39,
1008; Barz NJW 47/48,45 (und A 10); Liebisch ZHR 116,140;
Johannsen Anm. zu LM § 2216 Nr.1; Hildebrandt DFG 37,156;
Sommer DNotZ 36,938; Michaelis ZAkDR 43,233; Schilling
S.215; Christopheit S.85 ff; Schwerdtfeger S.19-24,52 ff,
67ff; Schmitz-Valckenberg S.64 ff, 86 ff; Ahlborn S.49 ff,
80,100; Hamann S.43 ff, 71 ff; Wurm S.7.

letztere diese Judikatur nicht schon selbst vorbereitet hatte¹⁾.

3. Die Begründung dieser herrschenden Auffassung ist seit der Entscheidung des RG im Jahre 1931 im Wesentlichen gleich geblieben²⁾. Nach wie vor wird die Verwaltung eines Handelsgeschäftes durch einen TV "aus Rechtsgründen" für "unmöglich"³⁾ gehalten. Diese - zur Frage der TVg. über ein Handelsgeschäft entwickelte - Auffassung wurde auf die teilweise ähnlich gelagerte Frage einer TVg im Falle einer Gesellschafterbeteiligung an einer Personengesellschaft übertragen. In der Folgezeit standen Literatur und Rechtsprechung zu beiden Fragen in einem weitgehenden Abhängigkeits- und Austauschverhältnis⁴⁾. Nachdem die Rechtsprechung die TVg über ein Handelsgeschäft wegen des handelsrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Haftung abgelehnt hatte, entwickelte sie zunächst als mittelbare oder indirekte Form einer TVg die Möglichkeit der treuhänderischen Fortführung⁵⁾ des Handelsgeschäftes durch den TV^{6,7)}, wobei dieser "kraft seines Verwaltungsrechtes" zur Geschäftsübernahme berechtigt⁸⁾ und im eigenen Namen tätig werden soll. Auch soll der TV in diesem Falle ins Handelsregister eingetragen werden⁹⁾ sowie persönlich und

-
- 1) Vgl. Hueck ZHR 108, 1 (28 ff).
2) Baur S. 259; vgl. z. B. BGH 12, 100; KG JW 37, 2600; JW 39, 104; Würdinger § 27 A. 26; Flechtheim § 105, A. 18 (S. 545 oben); Staud.-Dittmann § 2205 A. 56-57; Vorb. 65 zu § 2197; Kipp-Coing S. 289; Hamann S. 28.
3) So BGH 24, 106 (112).
4) Vgl. BGH 12, 100; 24, 112; Buchwald AcP 154, 22 (29); Sommer aaO S. 937 ff; Ahlborn S. 80; Schwerdtfeger S. 23, 39, 67.
5) RG 132, 138; KG JW 36, 1137; JW 37, 2599; JW 39, 104; OLG München JFG 14, 428; vgl. ferner oben S. 2 A. 4.
6) Gute Zusammenfassung dieser Rechtsprechung bei Hildebrandt DFG 37, 153 (156).
7) Der Ausdruck "TV" bzw. "TVg" wird der Einfachheit halber auch für den mittelbaren TV bzw. die mittelbare TVg beibehalten.
8) KG JW 36, 1137 (Leitsatz); Scheel S. 9.
9) Haegeler S. 37; Mains DFG 39, 191; Lenz DNotZ 39, 323; Müller-Erzbach ZHR 71, 426; Scheel S. 47.

unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten haften¹⁾. Durch die Fortführung als Geschäftsinhaber soll der TV nicht Eigentümer des Geschäftes werden, sondern seine Stellung soll der eines Pächters verwandt sein²⁾. Für den Erwerb durch den treuhänderischen TV soll das Prinzip der dinglichen Surrogation gelten (§ 2041 BGB analog)³⁾. Schließlich soll dem TV gegen den Erben ein Anspruch auf Befreiung von der unbeschränkten Haftung zustehen⁴⁾.

Später räumte die Rechtsprechung⁵⁾ dem TV neben dieser Möglichkeit der treuhänderischen Geschäftsführung noch eine weitere Form mittelbarer TVg ein⁵⁾. Der TV soll das Handelsgeschäft wie jeder andere Bevollmächtigte auch im Namen und für Rechnung des Erben weiterführen können. Die entsprechende Vollmacht soll der TV vom Erben erhalten; zur Erteilung dieser Vollmacht soll der Erbe durch eine in der Anordnung der TVg enthaltene Auflage verpflichtet sein⁶⁾. Auch eine Bedingung soll in der Form möglich sein, daß der Erbe entweder den TV bevollmächtigt und damit die Bedingung erfüllt oder die Erbschaft verliert⁷⁾. Ob der TV im Einzelfall von der "Treuhand-" oder der "Vollmachtlösung" Gebrauch macht,

1) Vgl. die Zusammenfassung bei Groschuff JW 38,1362-1363; ferner oben S.2 Anm.4 und 5.

2) KG JW 39,104; Staud.-Dittmann § 2205 A.59; Lenz DNotZ 39,322.

3) h.M., z.B. Staud.-Dittmann § 2205 A.9; RG 138,134; Scheel S.65.

4) BGH 12,100; Staud.-Dittmann § 2205 A.68; RGR-K § 2205 A.59; KG JW 39,104; Schlegelberger-Geßler § 139 Al4 D; Schneider-Martin S.434; Erman-Barthol. § 1967, A.8f; Holch aaO S.296; Donner aaO S.149; Vogels aaO S.1008; Ahlborn S.105; Schmitz-Valckenberg S.64; abweichend Siebert, Festschr. S.337; Sommer aaO S.938.

5) BGH 12,100; 24,106; KG NJW 59,1086.

6) Ahlborn S.80 ferner A.5 und S.2 Anm.4.

7) Baur S.257.

wird seinem "pflichtmäßigem Ermessen"¹⁾ überlassen²⁾. Ist der Erbe jedoch zur Erteilung der Vollmacht bereit, so soll dem TV wegen seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung³⁾ bzw. zum pflichtmäßigem Ermessensgebrauch⁴⁾ die Möglichkeit der treuhänderischen Übernahme und Fortführung des Geschäftes versperrt sein.

II. Abweichendes Schrifttum

1. Diese allgemein gebilligte Rechtsprechung ist in der Literatur nur vereinzelt⁵⁾ auf Bedenken und Widerspruch gestoßen⁵⁾, wobei sich diese Kritik grundsätzlich nur auf Einzelheiten und Teilfragen der von der h.M. vertretenen mittelbaren TVg bezogen hat⁶⁾.
2. Erst seit neuestem scheint sich ein Umschwung in der Beurteilung der h.M.⁷⁾ abzuzeichnen⁸⁾. Erstmalig wird die mittelbare TVg in ihrem ganzen Umfang in Frage gestellt⁹⁾. Ausgangspunkt und Ergebnisse der h.M.

1) BGH 12,100; Möhring-Selzam S.303; Scheel S.9.

2) Damit wird die Auslegungsregel des KG in JW 39, 104 aufgegeben, wonach die Anordnung der TVg im Falle eines Handelsgeschäftes regelmäßig als Befugnis zur treuhänderischen Übernahme zu verstehen war. Das KG erkannte seinerzeit noch nicht die Möglichkeit, daß der TV auch als Bevollmächtigter des Erben das Geschäft fortführen kann (Hamann S.78).

3) Scheel aaO.

4) BGH 12,100.

5) Siebert, Festschr.321 ff; Richardi S.48 ff; Goldschmidt JW 31,3057; Schilling S.214; Wurm S 55.

6) Vgl.Schwerdtfeger S.25;ferner die in A.5 Genannten.

7) Gewisse Zweifel und die Notwendigkeit einer Überprüfung der h.M. klingen wohl bereits in BGH 35,13 an:"....keinen Anlaß,zu der dargelegten höchstgerichtlichen Rechtsprechung nochmals Stellung zu nehmen und namentlich die eingehend begründeten Bedenken von Siebert (Festschr.S.335 ff) gegen diese Rechtsprechung zu erörtern....".

8) Auch Nolte (S.496) stellt in der neuesten Abhandlung zur Frage der TVg im Handelsrecht "in der Lehre eine wachsende Gegenströmung" fest.

9) Baur S.249 ff; Nolte S.495 ff; Christopeit S.85 ff.

werden eingehender Kritik unterzogen: so lasse die h.M. ungeklärt, wie der TV die Stellung als Bevollmächtigter oder treuhänderischer Geschäftsinhaber erhalten soll¹⁾. Da der mittelbare TV an Weisungen des Erben gebunden sei²⁾, verfüge er nicht über die erforderliche unabhängige Stellung eines TV²⁾. Ferner führe die mittelbare TVg zu unklaren Haftungsverhältnissen³⁾. Auch sei die eigenverantwortliche und "selbständige Unternehmerstellung"⁴⁾ des TV als des treuhänderischen Geschäftsinhabers mit dem Weisungsrecht des Erben nicht zu vereinbaren⁴⁾. Weiterhin könne dem Erben die Wahl, einer von ihm nicht ausgewählten Person eine Einwirkungsmöglichkeit auf das ganze Vermögen einräumen oder die Erbschaft ausschlagen zu müssen, nicht zugemutet werden⁵⁾. Die h.M. lasse auch offen, ob es sich um eine "Verwaltungstreuhand oder eine treuhänderische Vollrechtsübertragung"⁶⁾ handele. Schließlich könne das Handelsrecht die Regelung der gesetzlichen TVg (§ 2197 ff BGB) nicht verdrängen⁷⁾, da das HGB keine Vorschriften über die TVg enthalte, also auch "nichts anderes" i.S.von § 21 EGHGB bestimme, wodurch die gesetzliche TVg ausgeschlossen werden könnte⁷⁾. Diese neuerlichen Auffassungen führen zu dem Ergebnis, daß die von der h.M. festgestellte Unvereinbarkeit der TVg mit den handelsrechtlichen Erfordernissen verneint und die direkte Anwendung der TVg gemäß § 2197 ff BGB auf ein Handelsgeschäft befürwortet wird⁸⁾.

1) Christopeit S.86.

2) Baur S.255; Christopeit S.87.

3) Baur S.255.

4) Siehe Anm.2.

5) Baur S.257.

6) Baur S.251.

7) Baur S.263.

8) Baur S.261; Nolte S.501 (unten), 502; Christopeit S.107.

III. Abgrenzung des Themas

Aus der dargelegten Auffassung der h.M. ergibt sich zwangsläufig, daß im Falle eines Handelsgeschäftes ein TV niemals "als solcher" tätig werden kann¹⁾.

1. Diese Feststellung allein stellt bereits einen hinreichenden Anlaß für eine eingehende Untersuchung der mittelbaren TVg dar²⁾. Denn die Ausschaltung des gesetzlichen Normalfalles - Ausgestaltung einer TVg nach § 2197 ff BGB - durch die für den Fall eines Handelsgeschäftes zur Regel erhobene Ausnahme - Ersatzformen einer TVg an Stelle von § 2197 ff BGB - ist jedenfalls zunächst eine recht ungewöhnliche Rechtsgestaltung.
2. Zu einer kritischen Überprüfung der mittelbaren TVg besteht umso mehr Veranlassung, als die Diskussion über Notwendigkeit, Richtigkeit und Angemessenheit der h.M. durch die umfassende Kritik von Baur³⁾, Nolte⁴⁾ und Christopeit⁵⁾ erneut in Gang gekommen und in ein neues Stadium getreten ist.
3. Damit sind Umfang und Grenzen des gestellten Themas in groben Umrissen abgesteckt:
 - a) Können die Vorschriften der gesetzlichen TVg (§ 2197 ff BGB) auf ein Handelsgeschäft unmittelbar angewandt werden?
 - b) Kann die TVg im Wege der mittelbaren TVg der h.M. erfolgen?
 - c) Besteht eine rechtlich unbedenkliche Möglichkeit, die TVg in einer anderen Ersatzform, als sie die h.M. anbietet, durchzuführen?

Das Zusammentreffen von Normen des Erb = rechtes und des Handelsrechtes erfordert, die Voraus = setzungen jeder denkbaren Form einer TVg über ein Han = delsgeschäft jeweils sowohl unter dem Blickpunkt des Erbrechtes wie dem des Handelsrechtes zu prüfen.

1) So ausdrücklich KG DR 43,353; Baur S.250.

2) Ähnlich Baur aaO.

3) Baur S.249 ff.

4) Nolte S.493 ff.

5) Christopeit S.85 ff.

1. Kapitel:

Direkte Testamentsvollstreckung gemäß

§ 2127 ff BGB

§ 1 Erbrechtliche Bedenken: Nachlaßzugehörigkeit des Handelsgeschäftes

Da die Anordnung einer TVg eine Bestimmung des Erblassers darüber ist, wie mit dem Nachlaß, oder einem Teil desselben, im einzelnen verfahren werden soll, setzt eine derartige Anordnung voraus, daß das Vermögen = gut, das einer TVg unterliegen soll, zum Nachlaß gehört¹⁾. Denn die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des TV beziehen sich nach §§ 2206 ff BGB nur auf den Nachlaß.

A. Im Falle eines Handelsgeschäftes bedeutet dies, daß die Anordnung einer TVg nur bedeutsam werden kann, wenn das Handelsgeschäft Bestandteil des Nachlasses ist.

I. Letzteres ist im Hinblick auf § 1922 BGB insofern nicht unzweifelhaft, als diese gesetzliche Bestimmung den erbrechtlichen Übergang an den Begriff "Vermögen" knüpft. Unter dem Begriff "Handelsgeschäft" ist hingegen eine Rechtsgesamtheit²⁾ zu verstehen, die nicht nur Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie Forderungen und sonstige Rechte³⁾ umfaßt, sondern darüber hinaus noch

1) Ähnlich bzgl. einer Beteiligung in einer OHG; Schmitz-Valckenberg S.8; Schwerdtfeger S.27; Siebert, Festschr.S.325.

2) Hamann S.2; Erman-Barthol.§ 1922 A 4e; Staud.-Coing Vorb.17,18 zu § 90; Staud.-Riezler Vorb.18 zu § 90; Enn.-Nipp.S.841.

3) a.A.offensichtlich nur Binder (S.31 ff), der das Handelsgeschäft insgesamt als rein "tatsächliche" Situation versteht, worauf noch einzugehen sein wird.

eine weitere Gruppe von Bestandteilen enthält, die weder als Sachen noch als Rechte bezeichnet werden können,¹⁾ wie z.B.: günstige örtliche Lage; Zweckmäßigkeit und Größe der baulichen Anlagen; Grad der Rationalisierung des Betriebes; Existenz tüchtiger Arbeitskräfte; Leistungsfähigkeit der Vertriebsorganisation; Betriebserfahrungen; nicht geschützte Fabrikations- und Betriebsgeheimnisse; eingeführte und nicht geschützte Warenbezeichnungen; Umfang und Gebiet des Absatzes; tatsächliche Monopolstellung; Kundenkreis; guter Ruf; Alter und Beständigkeit des Unternehmens; Kreditfähigkeit des Geschäftes und des Geschäftsinhabers usw.²⁾

- II. Diese Eigenschaften des Handelsgeschäftes werden als "tatsächliche Beziehungen"³⁾ oder Verhältnisse von Vermögenswert⁴⁾ bezeichnet, die den "inneren Geschäftswert"⁵⁾, die "Chancen"⁶⁾, die "Gewinnaussichten"⁷⁾, den sog. "good will"⁸⁾ verkörpern und den "Firmenwert"⁹⁾ oder "ideellen Geschäftswert"¹⁰⁾ ausmachen.

1) RG 55,121 (125); 63,57; 167,262; JW 14,99 A.28; Staud.-Coing Vorb.18 a zu § 90; Staud.-Boehmer § 1922 A.66,167; Erman-Barthol.aa0; Würdinger § 22 A.2; Schlegelberger-Hildebrandt § 22 A.4; Baumbach-Duden §§ 22,23 A.1 D; J.v.Gierke S.72; Lehmann-Ring S.124 ff; Schumann S.54; Cosack S.119-120; Gareis S.69 ff; Müller-Erzbach ZHR 21, 424; Hubmann AcP 117,41 (49-50); Hamann S.10; Pinner S.10; Wurm S.8.

2) Siehe dazu die Fundstellen A.1, bes.Hamann aa0.

3) Enn.-Nipp.S.842.850.

4) J.v.Gierke S.72 ff; Pisko S.12-13.

5) RG 167,260 ff; vgl.RG 169,133 (136); Hubmann S.47-50; Bolte S.419.

6) Wurm S.8; RG 55,121 (125).

7) s.A. 5.

8) s.A. 6.

9) s.A. 5.

10) s.A. 5.

B. Die Frage, ob das Handelsgeschäft ganz, teilweise oder überhaupt nicht dem Vermögensbegriff des § 1922 BGB entspricht¹⁾, ist jedoch ohne Bedeutung, wenn es sich beim Übergang des Handelsgeschäftes auf den Nachfolger um eine Vererbung außerhalb des Erbrechtes²⁾ handelt.

I. Das RG³⁾ hat für die Gesellschafterbeteiligung in einer Personengesellschaft eine derartige Auffassung vertreten⁴⁾. Nach dieser zu Art. 123₂ ADHGB - der inhaltlich dem heutigen § 131₄ HGB entsprach - vertretenen sog. Gesetzestheorie⁵⁾ erfolgt der Übergang nicht kraft erbrechtlicher, sondern auf Grund einer besonderen gesetzlichen Zulassung⁶⁾.

So führt das RG⁷⁾ aus: Die Stellung des Gesellschafternachfolgers ist "keineswegs eine durch erbrechtliche Nachfolge derivierte, sondern ist auf Grund im Gesetz bestimmter Tatsachen kraft Bestimmung des Handelsgesetzbuches entstanden"⁸⁾.

Diese Ansicht liegt auch noch der sehr viel späteren, bekannten Formulierung des RG⁹⁾ zu Grunde: "Die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die OHG erwirbt, beruht zwar auf der Erbfolge; ihr Inhalt bestimmt sich aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern sowohl im Innen - wie im Außenverhältnis als auch personen- und vermögensrechtlich ausschließlich nach Gesellschaftsrecht"¹⁰⁾.

1) Vgl. dazu Binmahl AcP 160, 29 (30).

2) Zu dieser Möglichkeit einer Erbfolge insbesondere Petersen JZ 60, 211.

3) Bd. 16, 40 ff.

4) Ebenso RG JW 12, 475 Nr. 23; RG Recht 17 Nr. 457; KG KGJ 49, A. 109; 37 A. 146; JW 35, 1794; OLG Dresden KGJ 49, 268.

5) Vgl. dazu Wiesmann S. 58; Schwerdtfeger S. 27; Schmitz-Valckenberg S. 14.

6) Zustimmend Berger S. 37; Hallermann S. 33 ff; Liebisch ZHR 116, 140; Weipert § 139 A. 13.

7) Bd. 16, 58.

8) RG aaO.

9) Bd. 170, 392 (394).

10) RG aaO; vgl. auch RG 172, 199 (204).

II.

Nach dieser Auffassung des Reichsgerichts sind Erbfolge und Erbschaft also auch außerhalb des Erb= rechttes möglich. Damit traf das RG eine Unterscheidung zwischen Erbschaft und Nachlaß, wodurch eine Kollision zwischen erbrechtlichen und handelsrechtlichen Vorschrif= ten, vor allem in haftungsrechtlicher Hinsicht¹⁾, vermie= den werden sollte²⁾. Wenn die Möglichkeiten der beschränk= ten oder beschränkbaren Erbenhaftung, der TVg usw. an den Begriff "Nachlaß" anknüpfen³⁾, so kann folgerichtig eine Kollision mit dem handelsrechtlichen Haftungsrecht, ins= besondere mit dem angeblichen⁴⁾ Grundsatz der unbeschränk= ten Haftung wegen dieser außererbrechtlichen Nachfolge nicht eintreten, da der Gesellschaftsanteil gar nicht zum Nachlaß gehört⁵⁾.

III.

Diese Auffassung der außererbrechtlichen Nachfolge wurde zwar für den Fall der Vererbung einer Ge= sellschafterbeteiligung an einer OHG begründet, sie läßt sich jedoch ihrem Inhalt und Zweck entsprechend auf den Übergang eines Handelsgeschäftes von Todes wegen übertra= gen. Denn durch den Übergang des Handelsgeschäftes entste= hen ähnliche haftungsrechtliche Schwierigkeiten⁶⁾, wie sie das RG durch diese Ansicht, wenn auch ausdrücklich nur für

1) Staud.-Dittmann Vorb.65 zu § 2197.

2) Staud.-Dittmann aaO; Flechtheim § 139 A.5; Patzschke ZHR 113,7 A.19; Hallermann S.99 ff; Wiesmann S.65.

3) § 1967_I: "Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlich= keiten".

§ 1975 : "Die Haftung des Erben.....beschränkt sich auf den Nachlaß".

§ 2206 : "Der TV ist berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen.....".

4) Von diesem Grundsatz ist regelmäÙig nur beiläufig und ohne Begründung die Rede; vgl. Hamann S.5; Wiesmann S.66.

5) Diese Entscheidung bestätigt das RG in Bd.172,199 bzgl. einer KG. Dieser Rechtsprechung des RG schließt sich der BGH (4.Ziv.S.) mit Urteil vom 8.10.53 an (LM Nr. 3 zu § 105 HGB = MDR 54,32), während diese Rechtspre= chung inhaltlich später (2.Ziv.S.) am 11.4.57 aufge= geben wird (Bd.24,112 = NJW 57,1027; vgl. Bd.22,186 = NJW 57,180).

6) Staud.-Dittmann aaO.

die Beteiligung an einer Personalgesellschaft, vermeiden wollte. So versteht auch Hamann¹⁾ die angeführte Recht = sprechung des RG bereits in dem Sinne, daß durch sie nicht nur die Nachlaßzugehörigkeit einer Gesellschafterbeteili = gung, sondern auch die eines Handelsgeschäftes verneint werden soll.

- IV. Eine derartige Unterscheidung zwischen Erb = schaft und Nachlaß ist dem Erbrecht indessen unbekannt²⁾, wie sich z.B. aus § 1958 BGB eindeutig ergibt. Auch muß eine gegenständliche und wertmäßige Ausklammerung von Ge = sellschafteranteil oder Handelsgeschäft aus einem Nachlaß zu unvertretbaren Ergebnissen führen³⁾. So müßten Personen, die bzgl. der Erbschaft in irgendeiner Weise berechtigt sind, wie z.B. Miterben, Pflichtteilsbe = rechtigte usw., der ungerechtfertigten Bevorzugung des durch den außererbrechtlichen Vermögenszuwachs Begünstig = ten tatenlos zusehen⁴⁾. Auch müßten persönliche Gläubiger des Erblassers, deren Forderungen also nicht aus dessen ge = schäftlicher Tätigkeit herrühren, im Falle beschränkter Erbenhaftung auf einen Nachlaß verwiesen werden, der den

1) S.1

2) Mot.V S.603,604; Staud.-Boehmer § 1922 A.76; RGR-K § 1922 A.9; J.v.Gierke, Festschr. S.98-99; Lange S.37; Kipp-Coing S.5,383; Schwerdtfeger S.31; Prash S.36; Pinner S.82; Schmitz-Valckenberg S.28-29; a.A. Lie = bisch ZHR 116,138, der aber selbst diese Differen = zierung bzw. ihre praktische Durchführbarkeit für un = wahrscheinlich hält (gegen Liebisch insbesondere Schmitz-Valckenberg aaO).

3) Außer durch die oben A.2 Genannten wird die Gesetzes = theorie im Ergebnis auch abgelehnt von: Flechtheim § 139 A.5; Hueck S.298; Siebert, Gesell = schaftsvertrag S.5; derselbe NJW 55,811; Richardi S.12; Patzschke ZHR 113,7; Michaelis ZAkDR 43,234; Buchwald AcP 154,28-29; Wiesmann S.65 ff; Schwerdt = feger S.27 ff; Schmitz-Valckenberg S.12-14; Ahlborn S.54-55; Weißer S.29-30.

4) Wiesmann S.66;
Schmitz-Valckenberg S.14.

Gesellschaftsanteil bzw. das Handelsgeschäft des Erblassers gar nicht enthält, obwohl ihnen dieser Vermögenswert zu Lebzeiten des Erblassers als Vollstreckungsobjekt zur Verfügung stand¹⁾. Auch könnten Eigengläubiger des Erben nicht gehindert werden, nach §§ 1984_{II} BGB, 784 ZPO das Handelsgeschäft als Haftungsmasse in Anspruch zu nehmen, d.h. insoweit würde eine Haftungsbeschränkung die Nachlassgläubiger nicht in der erforderlichen Weise sichern können²⁾. Schließlich würde das nachlaßfremde Handelsgeschäft auch nicht durch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft berührt werden.

2. Diese sachlich in keiner Weise berechtigten Ergebnisse³⁾ in Verbindung mit der Tatsache, daß weder vom RG selbst noch von den anderen Vertretern dieser Meinung der gesetzliche Tatbestand angegeben werden kann, aus dem sich die Erbfolge außerhalb des Erbrechtes ergeben soll⁴⁾, widerlegen eindeutig die materielle Richtigkeit und Brauchbarkeit dieser Gesetzestheorie.

3. Der neuerdings von Hallermann⁵⁾ unternommene Versuch, diese Theorie für den Fall der Vererbung einer Gesellschafterbeteiligung wegen gemeinsamer Entstehungsgeschichte und verwandter gesetzlicher Grundgedanken auf § 1483 BGB - fortgesetzte Gütergemeinschaft - zu stützen, ist hinsichtlich der Frage, ob das Handelsgeschäft zum Nachlaß gehört oder außererbrechtlich auf den Nachfolger übergeht, schon deshalb ohne Bedeutung, weil eine derartige Vergleichbarkeit zwischen der Fortsetzung eines Handelsgeschäftes und einer fortgesetzten Gütergemeinschaft auf jeden Fall undenkbar ist. Denn die

1) Schwerdtfeger S.28; Schmitz-Valckenberg S.18; ferner vgl. § 135 HGB.

2) Schwerdtfeger S.28; Schmitz-Valckenberg S.14.

3) Ähnlich Weißer S.30; Schwerdtfeger aa0; Schmitz-Valckenberg. aa0.

4) Wiesmann S.76; Schwerdtfeger S.27.

5) S.33 ff, 46 ff, 99 ff.

Berührungspunkte zwischen OHG und fortgesetzter Gütergemeinschaft, nämlich die Zusammenarbeit einer Personenmehrheit sowie evtl. ein gemeinsamer historischer Ursprung bei der Rechtsinstitute, bietet sich zwischen dem oder den Erben eines Handelsgeschäftes und einer fortgesetzten Gütergemeinschaft jedenfalls nicht an.

- C. Somit bleibt die Frage entscheidend, ob das Handelsgeschäft zum Nachlaß des Erblassers gehört und beziehendenfalls, ob dies für alle Bestandteile des Handelsgeschäftes zutrifft¹⁾.
- I. Vermögen i.S. von § 1922 BGB sind zunächst alle Gegenstände (§ 90 BGB), d.h. alle körperlichen Sachen, Rechte, Rechtslagen und Rechtsverhältnisse²⁾. Dem inneren Geschäftswert kommt indessen keine selbständige Rechtsqualität zu³⁾. Demnach müßte ein Handelsgeschäft insoweit dem Vermögensbegriff unterfallen, als es in einer Summe von rechtlich selbständigen Gegenständen besteht⁴⁾.
1. Wenn Binder⁵⁾ meint, das Handelsgeschäft sei als Ganzes nicht mehr als eine rein tatsächliche Situation, oder nur eine "Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes"⁶⁾, so übersieht er, daß der immaterielle Wert nur einen Teil des Geschäftes darstellt, das aber daneben noch durchaus Gegenstände i.S. von § 90 BGB enthält. Zumindest bleibt er eine Erklärung dafür schuldig, warum wegen des - nicht zu leugnenden - auch immateriellen Bestandes eines Handelsgeschäftes die sonstigen körperlichen

1) Vgl. Hamann S.2.

2) Staud.-Boehmer § 1922 A.67,167; Palandt-Keidel § 1922 A.3; Enn.-Nipp.S.841-842; Kipp-Coing S.383; siehe auch Schwerdtfeger S.29; Schmitz-Valckenberg S.17.

3) Hamann S.13.

4) Staud.-Boehmer § 1922 A.167; siehe ferner oben S.8 A.2.

5) S.31 ff (36) ; dagegen eingehend J.v.Gierke S.76-77, 91; Pinner S.11; Hubmann S.55; Pisko S.92 A.1.

6) Formulierung bei Pinner aaO.

Sachen und Rechte ihre rechtliche Eigenständigkeit verlieren und die inneren Geschäftswerte zum beherrschenden, für den rechtlichen Charakter des Unternehmens allein ausschlaggebenden Kriterium werden sollten¹⁾.

Es ist kein sachlicher Anlaß ersichtlich, weshalb das sowohl aus Gegenständen als auch aus tatsächlichen Werten bestehende Handelsgeschäft insgesamt als unkörperlich, als rein tatsächliche Gelegenheit zum Betrieb eines Unternehmens anzusprechen sein sollte.

2. Wenn in den §§ 22_I, 23²⁾ und 27_I HGB³⁾ summarisch von Vererbung, Erwerb oder Fortführung "eines Handelsgeschäftes" gesprochen wird, so können diese gesetzlichen Formulierungen doch nicht dahin verstanden werden, daß das Handelsgeschäft sachenrechtlich als Gesamtheit zu behandeln und der Grundsatz der Spezialität auf ein Handelsgeschäft nicht anwendbar wäre⁴⁾.

3. Vielmehr folgt gerade auch aus der Tatsache, daß Rechtsgesamtheiten grundsätzlich nicht als solche, sondern nur insoweit vererblich sind, als ihre einzelnen Bestandteile Gegenstände einer Erbfolge sein können⁵⁾, daß im Falle einer Rechtsgesamtheit, gemäß dem im Recht der dinglichen Zuordnung geltenden Spezialitätsprinzip, eine Auflösung derselben in ihre einzelnen Gegenstände erforderlich ist. Eine ganzheitliche Betrachtung mit dem Ergebnis, daß wegen der Existenz auch immaterieller Güter in einer Rechtsgesamtheit diese als Ganzes wie ein immaterieller Wert zu behandeln ist, ist somit gerade nicht geboten.

1) Ins gegenteilige Extrem verfiel eine frühere Auffassung, die das Handelsgeschäft als ein vom Inhaber "gänzlich gesondertes Rechtssubjekt" ansah und dieses selbständige Zweckvermögen als "juristische oder kaufmännische Persönlichkeit" bezeichnete (dazu Pinner S.10).

2) Vgl. Hamann S.11

3) Vgl. Hamann aaO.

4) Zutreffend Wurm S.8-9.

5) Staud.-Coing Vorb.16 zu § 90; Staud.-Riezler Vorb.18 zu § 90; Hamann S.2.

II. Die Frage kann demnach nicht dahin gehen, ob das Handelsgeschäft überhaupt nach § 1922 BGB vererblich ist. Zweifelhaft kann nur sein, ob das Handelsgeschäft lediglich zum Teil, d.h. insoweit einen Vermögenswert gemäß § 1922 BGB darstellt, als seine einzelnen Bestandteile für sich allein vererbt werden können, oder ob der Vermögensbegriff des § 1922 BGB im Falle eines Handelsgeschäftes auch dessen immaterielle Werte umfaßt.

1. Eine vergleichbare Frage erhebt sich in ähnlicher Weise im Falle der Vererbung einer Gesellschafterbeteiligung insofern, als Zweifel¹⁾ darüber bestehen, ob die Mitgliedschaft überhaupt²⁾ und bejahendenfalls, ob nur die vermögensrechtliche³⁾ Seite der Beteiligung oder auch die personenrechtliche⁴⁾ vererblich ist bzw. in den Nachlaß fällt⁵⁾.

2. Hinsichtlich des Ergebnisses besteht jedenfalls insofern Einigkeit⁶⁾, als dem Erben letztlich der sog. Tätigkeitsbereich beim Handelsgeschäft - wie auch der

-
- 1) Vgl. grundsätzlich Liebisch ZHR 116, 128 ff (130); Einmahl AcP 160, 29 (30).
 - 2) Verneinend RG 16, 58; 170, 392; Flechtheim § 131 A. 7; Weipert lehnt einerseits (§ 131 A. 26) die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft in ihrer Gesamtheit ab, will aber andererseits (§ 139 A. 73 b) die Kapitalbeteiligung des Erblassers dennoch dem Nachlaß eingliedern.
 - 3) SO LG Bremen NJW 54, 477 mit Anm. v. Hueck; Schlicht NJW 54, 984; Weiler DNotZ 52, 286.
 - 4) So die h.M.: Staud.-Boehmer § 1922 A. 162; Erman-Barthol. § 1922 A 5g; Schlegelberger-Geßler §§ 131 A. 23, 139 A. 25; Kipp-Going S. 318 u. A. 22a; Hueck OHG S. 298-299; Siebert, Gesellschaftsvertrag S. 23; derselbe BB 56, 838 (2a); derselbe BB 57, 18 ff; derselbe NJW 55, 809 (810); Liebisch ZHR 116, 128 (178); Fischer BB 56, 839; Michaelis ZAKDR 43, 234; Wolf NJW 54, 1549; Buchwald AcP 154, 22; derselbe JR 55, 173; Richardi S. 8 ff; Eiselt AcP 158, 319 (320, 335); Küster DNotZ 56, 460 (465-466); Einmahl AcP 160, 29 (33).
 - 5) Ohne Entscheidung BGH vom 28.4.54 - II ZR 8/53; mitgeteilt bei Buchwald aaO S. 33.
 - 6) S. 19 Anm. 2 und 3.

personenrechtliche Teil der Mitgliedschaft - zugesprochen wird. Davon geht offensichtlich auch das Gesetz aus, wenn es dem Erben, wie jedem anderen Erwerber eines Handelsgeschäftes, dieses in seinem ganzen Umfange zuspricht (§§ 22_I, 23, 27_I HGB).

3. Unbestritten ist ferner, daß den tatsächlichen Verhältnissen des Handelsgeschäftes die Qualität eines eigenen subjektiven Rechts nicht zukommt¹⁾. Die tatsächlichen Beziehungen, wie Geschäftsruf, Kundenstamm usw., entziehen sich als solche²⁾ überhaupt jeder selbständigen rechtlichen Regelung; so steht dem Geschäftsinhaber kein klagbarer Anspruch auf Erhaltung dieser Verhältnisse und Beziehungen zu. Diese können deshalb für sich allein auch nicht vererblich sein. Indessen sind dem Gesetz auch sonst Verhältnisse tatsächlicher Art nicht unbekannt, die zwar nicht als Rechte, aber doch als Vermögenswert übergehen, wie z.B. der Besitz³⁾ (§ 857 BGB), die Ersitzungslage⁴⁾ (§ 943 BGB) und die Verjährungslage⁴⁾ (§ 221 BGB).
- Wenn nun dem Erben einerseits auch die immateriellen Werte des Handelsgeschäftes zustehen, diese andererseits kein selbständiges rechtliches Schicksal erfahren können, bleiben nur zwei Erklärungen dafür, wie diese Werte in die Zuständigkeit des Erben gelangen: entweder werden die tatsächlichen Beziehungen dem Erben durch die vererblichen Sachen und Rechte dergestalt vermittelt⁵⁾, daß erstere als Akzessorien⁶⁾ der letzteren unmittelbar am Erbgang teilhaben; oder die tatsächlichen Beziehungen erlöschen mangels Rechtsqualität mit dem Tod des Berechtigten, entstehen jedoch unmittelbar und originär wieder in der Person des Erben, wie

1) Hamann S.13.

2) Der durch das besondere Institut des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ermöglichte Rechtsschutz zeigt gerade, daß derartige tatsächliche Beziehungen nicht selbständig rechtlich erfaßbar sind oder geschützt werden.

3) Pinner S.16.

4) Boehmer JW 38,2634.

5) Wieland S.244, 271.

6) Hamann S. 14-15.

es ein Teil der Lehre auch hinsichtlich der personenrechtlichen Mitgliedschaft in einer gesellschaftlichen Beteiligung annimmt¹⁾. Allein in diesem letzteren Fall ist es denkbar, daß wegen fehlender Nachlaßzugehörigkeit, d.h. wegen der Höchstpersönlichkeit der tatsächlichen Beziehungen diese einer TVg nicht unterfallen.

Das Gesetz geht jedoch, z.B. in den §§ 22_I, 23, 27_I HGB davon aus, daß demjenigen, der rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes ein Handelsgeschäft erwirbt, das gesamte Geschäft, also nicht nur die Gesamtheit der für sich rechtserheblichen Bestandteile zustehen soll. So ist aus § 23 HGB zu entnehmen, daß für den Fall einer Veräußerung das Handelsgeschäft und die Firma nur ein gemeinsames rechtliches Schicksal erfahren können²⁾. Diese zwingende Zusammengehörigkeit von Firma und Geschäft - in allen seinen Bestandteilen, soweit diese von der Person des Inhabers überhaupt gelöst werden können, - spricht ebenfalls dafür, daß bei einer Geschäftsübernahme nicht ein Teil des Geschäftes, nämlich der Tätigkeitsbereich, in Wegfall kommt, um dann in der Person des Erwerbers sogleich neu zu entstehen, sondern daß das Geschäft unmittelbar als Gesamtheit - nach Maßgabe der sachenrechtlichen Vorschriften - übergeht³⁾.

Dieser akzessorische Charakter des Tätigkeitsbereiches läßt sich veranschaulichen an Hand der tatsächlichen Gegebenheiten eines jeden Unternehmens⁴⁾: örtliche Lage sowie Größe und Zweckmäßigkeit der Geschäftsgebäude knüpfen an die beweglichen und unbeweglichen Sachen an; aus den geerbten Geschäftsbüchern und sonstigen Unterlagen ergeben sich die bestehenden Geschäftsbeziehungen, Bezugsquellen sowie auch Fabrikations- und Betriebsgeheimnisse; diese tatsächliche Arbeit der Angestellten, Vertreter usw. ist abhängig von

1) Vgl. z.B. Schlicht NJW 54, 985; Michaelis ZAKDR 43, 233.

2) RG 169, 133 (bes, 140); auch J.v. Gierke (S. 77) will das gesamte Geschäft "als Einheit" behandeln.

3) Richtig Hamann S. 11;
vgl. Einmahl AcP 160, 29 (35).

4) Eingehend Hamann S. 14

Dienstverträgen - somit vermitteln die vererblichen Sachen und Rechte die tatsächlichen Beziehungen¹⁾, welche notwendig das rechtliche Schicksal der ersteren teilen.

4. Der innere, immaterielle Geschäftswert ist folglich seinem Wesen nach als Ausfluß und unmittelbare Wirkung der vermögensrechtlichen Basis des Handelsgeschäftes zu verstehen. Mit dieser Vermögensgrundlage und dem rechtlichen Schicksal derselben ist er notwendig und untrennbar verbunden²⁾.

5. Festzuhalten bleibt somit, daß das Handelsgeschäft als Vermögen i.S.von § 1922 BGB vollständig vererblich ist und zum Nachlaß gehört^{3,4)}.

1) Wieland aaO; Hamann S.15.

2) Für die personenrechtliche Seite einer Gesellschaftsbeteiligung ebenso Schwerdtfeger S.30; Buchwald AcP 154,31; Siebert NJW 55,810 A.8.

3) So im Ergebnis die h.M.; außer der oben S.2 A.4 und 5 zitierten Rechtspr.und Literat., die die Vererblichkeit des Handelsgeschäftes voraussetzen, sei noch hingewiesen auf: RGR-K § 1922 A.13; Staud.-Boehmer § 1922 A.92,167; Staud.-Coing § 90 Vorb.17; Staud.-Riezler § 90 Vorb.18; Erman-Barthol. § 1922 A.4e; Palandt-Keidel § 1922 A.32 bb; Düringer-Hachenburg § 27 A.2,2; Baumbach-Duden, Einf.Buch I,4; Siebert NJW 55,810; Baur S.249 ff; Hubmann S.66 und A.55 (S.64); Haegeler S.37; Pisko S.92; Hamann S.1 A.2, 2 A 1 und 2; S.10-12; Christopeit S.22; Schwerdtfeger S.22,31; Weißer S.29; Pinner S.16; Wurm S.7.

BGH LM 1 zu § 1922 (=NJW 51,229) bzgl.eines gewerblichen Unternehmens, das kein Handelsgewerbe darstellt; BGH 7,136 für die Beteiligung an solchen Unternehmen.

- 4) Die alte Streitfrage, ob das Vermögen nur in seinem "aktiven" Bestand übergeht (§ 1922 BGB), aber mit den Verbindlichkeiten des Erblassers (Passiva) belastet ist (§ 1967 BGB), oder ob die Erblasserschulden auch selbst nach § 1922 BGB am Erbgang teilhaben, kann hier außer Betracht bleiben. Außerdem dürfte angesichts der klaren gesetzlichen Haftungsverpflichtung des oder der Erben in §§ 1967, 2058 BGB dieser Streit ohnehin müßig sein.

(Pinner S.23; vgl.auch Staud.-Boehmer § 1922 A.69 ff; Enn.-Nipp.S.842-843.)

Aus der Sicht des Erbrechtes steht der TVg über ein einzelkaufmännisches Unternehmen also nichts im Wege.

§ 2 Formellrechtliche Bedenken aus der Sicht des Handels =
rechtes: Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung.

A I. Die h.M. stützt die Ablehnung der gesetzlichen TVg über ein Handelsgeschäft bekanntlich¹⁾ sowohl auf formelle bzw. registerrechtliche Bedenken als auch materiell auf entgegenstehende Bedürfnisse des Handelsverkehrs, insbesondere auf den Grundsatz der unbeschränkten Haftung. Demnach ist zunächst zu untersuchen, ob bereits die formellen Zweifel der h.M. die behauptete Unanwendbarkeit von § 2197 ff BGB auf die Fortführung eines Handelsgeschäftes rechtfertigen; anschließend wird gegebenenfalls zu prüfen sein, ob im Handelsrecht grundsätzlich das Prinzip der unbeschränkten Haftung gilt, und ob dieses hier der Anwendung der gesetzlichen TVg entgegensteht.

II. Das RG²⁾ hatte die Unzulässigkeit der gesetzlichen TVg zunächst mit der Unmöglichkeit ihrer Eintragung in das Handelsregister begründet. Insoweit machte es sich die Ausführungen des OLG Dresden³⁾, das zwar ebenfalls die Eintragungsfähigkeit einer TVg ablehnte, dabei aber die Zulässigkeit der TVg als solche nicht bezweifelte, im vollen Umfange zu eigen.

1. Danach scheitert die Eintragung einer angeordneten TVg in das Handelsregister an dem geschlossenen Kreis der gesetzlich als eintragungsfähig bezeichneten Tatsachen⁴⁾, zu dem eine derartige Anordnung - im Gegensatz

1) Siehe oben S.2 A.4 und 5.

2) Bd.132, 138.

3) aaO.

4) Brand ZBlHR 28,97 (101).

zu § 53 GBO und § 118 FGG - gerade nicht gehört¹⁾. Eine ausdrückliche gesetzliche Festlegung der eintragungsfähigen Tatsachen, wie sie im Art.12_I ADHGB²⁾ und vorher in Art.8_I des Entwurfs eines preussischen HGB von 1857 enthalten war, wurde für das heutige HGB als überflüssig³⁾ angesehen.

Auch ist nach Meinung des OLG Dresden und des RG das Handelsregister nicht dazu bestimmt, ein lückenloses Bild der Verhältnisse einer eingetragenen Firma und ihres Inhabers zu geben.

Schließlich sei die inhaltliche Ausgestaltung der TVg in einer Weise vom Willen des Erblassers abhängig, die gerade zu einem atypischen Rechtscharakter der TVg zur Folge habe. Dieser sei auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs nicht zugeschnitten und mit diesen nicht zu vereinbaren.

B. Gegen diese einzelnen Argumente, die die Unzulässigkeit der TVg über ein Handelsgeschäft aus dem formalen Grunde mangelnder Eintragungsfähigkeit begründen sollen, läßt sich folgendes einwenden⁴⁾:

I. Was den sog. "numerus clausus" der ins Handelsregister einzutragenden Tatsachen betrifft, so ist die Anordnung einer TVg über ein Handelsgeschäft in demselben fraglos nicht enthalten. Dennoch vermag diese Begründung nicht zu überzeugen, da das Handelsregister, wenn auch kein lückenloses Bild der Verhältnisse einer eingetragenen Firma, so doch ein möglichst richtiges und wahrheitsgemäßes Bild der bestehenden und für den Handelsverkehr

1) Ausführliche Darlegung in KG, KGJ 29,A.213 ff (217-218); dazu und zum folgenden auch Groschuff JW 38, 1361 (1362); Mains DFG 39,191; Hildebrandt DFG 37, 153 ff.

2) Art.12. ADHGB;" Bei jedem Handelsgericht ist ein Handelsregister zu führen, in welches die in diesem Gesetzbuch angeordneten Eintragungen aufzunehmen sind".

3) KG, aaO S.218.

4) Die Anlehnung der Eintragung aus formellrechtlichen Erwägungen hält auch Hildebrandt (aaO Sp.2 oben) für: ".....vielleichtzweifelhaft"; kritisch dazu auch Baur S.260.

wesentlichen Umstände zu zeigen bestimmt ist. Demgemäß erscheint es sachlich gerechtfertigt, die Anordnung einer TVg als einschneidende Modifizierung der eintragungspflichtigen Tatsache des Erbanfalles mit einzutragen¹⁾. Dies kann durchaus im Wege einer möglichst vollständigen Eintragung des Erbanges als einer eintragungspflichtigen Tatsache geschehen, indem die TVg als deren notwendiger Bestandteil und erhebliche Beschränkung des Erben mit ins Handelsregister aufgenommen wird.

Anderenfalls, d.h. ohne Erwähnung dieser für den Handelsverkehr wesentlichen Beschränkung durch einen TV, ist die Eintragung des Erben vielmehr nur bedingt richtig. Soweit sie den Erben als neuen Vermögensträger bezeichnet, ist sie richtig; soweit sie indessen konkludent dessen Berechtigung zur Verwaltung und Verfügung ausdrückt, ist sie jedoch eher falsch als richtig und für den Handelsverkehr zumindest gefährlich, indem sie einen vollberechtigten Erben ausweist²⁾. Sie kann folglich der Funktion des Handelsregisters, die in der Publikation besonders wichtiger und für den Geschäftsverkehr bedeutungsvoller Umstände liegt³⁾, nur unvollständig genügen, indem sie keineswegs ein möglichst wahrheitsgemäßes Bild über die Tatsache der Vererbung des Handelsgeschäftes ergibt.

II. Ebenso wenig vermag das Argument des "atypischen Rechtscharakters" der TVg zu überzeugen, der einer Eintragung ins Handelsregister entgegenstehen soll. Richtig ist an dieser Überlegung nur ihr Ausgangspunkt insofern, als den vom Gesetz für eine Eintragung ins Handelsregister vorgesehenen Tatsachen eine für den Handelsverkehr wesentliche Bedeutung zukommt, die darin besteht, daß mit der jeweiligen Eintragung ein bestimmter Sinn verbunden wird,

1) Ebenso Wurm S.55; auch Staub-Bondi (§ 26 A.6a) halten die Eintragung für "zweckmäßig"; vgl. ferner Goldschmit S.3057; Baur S.260, 265.

2) Wurm S.55.

3) Müller-Erzbach S.66 u.68; J.v.Gierke S.57; Würdinger Vorb.1 zu § 8, A.7 zu § 8; vgl. auch Schlegelberger-Hildebrandt § 15 A.1.

den diese regelmäßig und erfahrungsgemäß hat und auch haben soll.

1. Zu beachten ist aber nunmehr, daß die eintragungspflichtigen Tatsachen in zwei Gruppen eingeteilt werden können.

Die eine Gruppe enthält solche Tatsachen, deren Inhalt nicht differenziert werden kann, denen vielmehr nur eine regelmäßige und typische Bedeutung zukommen kann. Dazu gehören z.B. Kaufmannseigenschaft, Konkurs, Prokura usw.

Die andere Gruppe setzt sich aus solchen Tatsachen zusammen, die bereits beim Vorliegen eines gewissen äußeren Erscheinungsbildes eintragungspflichtig sind, bei denen jedoch im einzelnen inhaltliche Abweichungen von ihrer regelmäßigen Bedeutung möglich sind. Dies ist z.B. bei der OHG der Fall. Wie im Wege der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB), die vom Gesetzgeber in § 105 ff HGB als Normalfall fixierte Rechtsgestaltung einer OHG weitgehend verändert werden kann, so ist auch die gesetzliche Ausgestaltung der TVg nach § 2197ff BGB nur die regelmäßige Erscheinungsform einer TVg, deren Inhalt und Umfang vom Erblasser im Einzelfall abweichend bestimmt werden können.

2. Während bei der ersten Gruppe die Tatsache notwendig typische, d.h. feststehende und gleichbleibende Rechtswirkungen auslösen muß, ist dies bei der letztgenannten Gruppe nur möglich, aber nicht zwingend. Demgemäß kann die Eintragung dieser Tatsachen für den Rechtsverkehr lediglich die Möglichkeit einer regelmäßigen Bedeutung begründen; in Wahrheit erfüllt die Eintragung einer solchen Tatsache folgerichtig nur eine Warnfunktion.

3. Diese Überlegungen lassen sich auf den Fall einer TVg wie folgt anwenden: mit ihrer Eintragung im Handelsregister müßte und würde der Handelsverkehr von der hauptsächlich und typischen Bedeutung¹⁾ der TVg, nämlich z.B. der Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkung des Erben, ausgehen, obwohl diese Beschränkung des Erben im

1) Darauf wird noch einzugehen sein; siehe unten S.66 oben.

Einzelfall nur hinsichtlich einzelner Gegenstände oder überhaupt nicht vorliegen muß, wie z.B. bei einer nur inter=nen Bindung des Erben an den TV. Jedenfalls wäre der Handels=verkehr durch die Eintragung der TVg sachgerecht gewarnt vor der möglichen Beschränkung der Verwaltungs- und Verfügungs=befugnis des Erben. Die Einzelheiten der jeweiligen TVg und damit der Umfang der Befugnisse des TV könnten aus der dem Handelsregister - wie im Falle eines Gesellschaftsvertra=ges - als Anlage beizugebenden letztwilligen Verfügung er=sehen werden. Wie auch sonst, würde im Falle dieser Eintra=gung das Register nur die Tatsache der TVg als solche, nicht aber deren inhaltliche Einzelheiten wiedergeben¹⁾.

4. Ist somit die Anordnung der TVg anderen ein=tragungspflichtigen Tatsachen atypischen Inhalts vergleich=bar, so kann auch der atypische Rechtscharakter der TVg ihrer Eintragung²⁾ als eines notwendigen Bestandteiles der eintragungspflichtigen Tatsache³⁾ der Vererbung nicht ent=gegenstehen⁴⁾.

Damit bestehen gegen die Anwendbarkeit der direkten TVg nach § 2197 ff BGB über ein Handelsgeschäft aus der Sicht des Handelsrechtes keine formellrechtlichen Bedenken.

1) Wurm aaO.

2) Diese wird gegen die h.M. auch befürwortet von Staub- Bondi § 22 A.6 a; Bondi JW 31,3073; Goldschmit JW 31,3058; Baur aaO; Wurm aaO.

3) Zwingend ausgeschlossen ist die Eintragung der TVg nur im Falle eines Minderkaufmannes (§ 4 HGB). Jedoch kann dann auch schon die Tat=sache der Vererbung nicht eingetragen werden, da dem Minderkaufmann das Handelsregister ver=sperret ist (Umkehrschluß aus § 4 HGB).

4) Zur Eintragung der TVg oben A.2.

§ 3 Handelsrechtliche Bedenken in materieller Hinsicht:
Grundsatz der unbeschränkten Haftung

Sind demnach die vom OLG Dresden und RG erhobenen formellen Bedenken gegen die gesetzliche TVg (§ 2197 ff BGB) nicht durchschlagend, so kommt den Zweifeln, die von der h.M. in materieller Hinsicht gegen die TVg über ein Handelsgeschäft vorgebracht werden, eine umso entscheidendere Bedeutung zu.

- A I. Insbesondere wird die Unzulässigkeit der TVg im Falle eines Handelsgeschäftes, wie bereits dargestellt wurde¹⁾, mit dem handelsrechtlichen Prinzip der unbeschränkten Haftung begründet. Damit sei die gesetzliche Möglichkeit des Erben, seine Haftung für die vom TV begründete Verbindlichkeiten gemäß §§ 2206, 1975 BGB auf den Nachlaß zu beschränken, nicht zu vereinbaren. Denn die Fortführung eines Handelsgeschäftes laufe sonst auf ein unzulässiges Einzelunternehmen "mit beschränkter Haftung" hinaus, was den Erfordernissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs widerspreche.
- Die Richtigkeit dieser h.M. setzt somit voraus²⁾:
- a) Im Handelsrecht gilt der Grundsatz der unbeschränkten Haftung.
 - b) Dieser Grundsatz wird nur durch die im HGB verankerten Ausnahmen, nicht aber durch die beschränkte bzw. beschränkbare Erbenhaftung des BGB durchbrochen, d.h. die handelsrechtliche Regelung - unbeschränkte Haftung mit Maßgabe der handelsrechtlichen, gesetzlich festgelegten Ausnahmen - schließt i.S. einer "lex specialis" eine Anwendung entgegenstehender erbrechtlicher Vorschriften aus³⁾.

- II. Der Grundsatz der prinzipiell unbeschränkten Haftung im Handelsrecht⁴⁾ wird durchweg vorausgesetzt

1) Vgl. oben S.1-4.

2) Zur Problemstellung vgl. auch Nolte S.493 (unten).

3) Vgl. Hamann S.5.

4) Schlegelberger-Hildebrandt § 27 A.2,7; Würdinger S.27 A.4,6; derselbe AcP 144,129(131 o.); Baumbach-Duden § 27 A.1 A+C; Haupt-Reinhardt S.170; J.v.Gierke S.77; derselbe, Festschr.S.330-331; Nolte S.499(unten-500; Sommer DNotZ 36,938; Schmitz-Valckenberg S.44-45.

und meist nur beiläufig erwähnt; seine Existenz und Berechtigung wird jedoch, soweit ersichtlich, von niemandem bezweifelt. Dieses Prinzip beherrscht vielmehr nicht nur das Handelsrecht, sondern das gesamte Zivilrecht. Bereits nach dem BGB muß jeder für sein Leistungsversprechen, die geschuldete Leistung und seine Leistungsfähigkeit grundsätzlich mit seinem gesamten Vermögen unbeschränkt einstehen¹⁾. Als grundsätzliche Wirkung jeder freien unternehmerischen Tätigkeit war dem Gesetzgeber das Prinzip der unbeschränkten Haftung so selbstverständlich, daß er eine entsprechende ausdrückliche Regelung nur in einigen Fällen für erforderlich hielt, in denen die Geltung dieses Grundsatzes nicht unbedingt zweifelsfrei war²⁾.

1. So wurde in § 128 HGB nicht bestimmt, daß ein Gesellschafter einer OHG für die von ihm selbst begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Eine derartige gesetzliche Anordnung hätte allerdings nur das mit jeder kaufmännischen Tätigkeit wesensmäßig verbundene Prinzip der unbeschränkten Haftung ausgedrückt. Dies wurde vielmehr gerade vorausgesetzt³⁾ und durch § 128 HGB dahin erweitert, daß in einer OHG, bzw. in einer Personalgesellschaft überhaupt (§ 161_{II} HGB), ein Gesellschafter auch wegen der von anderen Gesellschaftern für die Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten "persönlich" und "als Gesamtschuldner", d.h. nach § 421 BGB unbeschränkt haftet⁴⁾.

2. Das Prinzip der unbeschränkten Haftung läßt sich insbesondere auch aus den Vorschriften über den Erwerb eines Handelsgeschäftes entwickeln (§§ 25, 27 HGB). Wer rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes ein Handelsgeschäft

1) Christopeit S.32.

2) Unbefriedigend ist insofern die Darstellung von Hamann, der der h.M. einerseits vorwirft, den Grundsatz der unbeschränkten Haftung nie eingehend festgestellt und untersucht zu haben (S.5), aber andererseits dieses Haftungsprinzip später ebenfalls als selbstverständlich hinstellt und nur seine Ausnahmen erörtert (S.18 ff).

3) Ähnl. Petersen S.51; v.Godin JR 48,61 (64); vgl. Schmitz-Valckenberg aaO.

4) Vgl. Hueck, OHG S.225; Einmahl AcP 160,29(36); Petersen S.52.

erwirbt, haftet nach diesen Bestimmungen im Falle der Firmenfortführung¹⁾ grundsätzlich auch für die vor dem Geschäftsübergang durch den früheren Inhaber begründeten Geschäftsverbindlichkeiten (§§ 25_I, 27_I HGB). Die Haftung für diese sog. Altschulden²⁾ tritt nur dann nicht ein, wenn bestimmte tatbestandsmäßige Voraussetzungen seitens des Erwerbers erfüllt werden. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Geschäftsübernahme muß eine abweichende Haftungsvereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber entweder ins Handelsregister eingetragen oder den Gläubigern mitgeteilt werden, während der Erbe eines Handelsgeschäftes innerhalb von 3 Monaten die Fortführung einstellen muß, um seine persönliche und unbeschränkte Haftung für die Altschulden³⁾ zu vermeiden.

Aus Aufbau und Systematik dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, daß der Gesetzgeber den Regelfall in der - jeweils im ersten Absatz der §§ 25, 27 HGB festgestellten - unbeschränkten Haftung des Erwerbers für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten erblickt, wohingegen er eine Haftungsbeschränkung als Ausnahme der zuvor angeordneten unbeschränkten Haftung jeweils im zweiten Absatz zuläßt und vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig macht^{4,5)}.

Wenn in den §§ 25, 27 HGB eine Regelung mit dem offensichtlichen Ziel geschaffen wurde, den Erwerber sobald wie möglich sogar für die Altschulden unbeschränkt haften zu lassen,

-
- 1) § 27 HGB wird im Rahmen dieser Untersuchung nur unter dem Gesichtspunkt der Fortführung der bisherigen Firma behandelt.
 - 2) Im Gegensatz zu den aus der Weiterführung des Erben erwachsenden sog. Neuschulden (vgl. Baur S. 252; Nolte S. 493).
 - 3) Zur Frage der Haftung des Erben für diese Altschulden ausführlich Nolte (S. 493 ff) in der neusten Abhandlung zum Problem der TVG im Handelsrecht.
 - 4) Wie oben S. 25 A. 4.
 - 5) J. v. Gierke (Festschr. S. 98, 112 ff) will für einen Gesellschaftererben hinsichtlich der Altschulden eine Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß auch nach den Vorschriften des BGB zulassen, um dem Gesellschaftererben nicht "unbegründet" die Vorteile seiner Erbenstellung zu entziehen (ähnlich Liebsch ZHR 116, 153-154; Petersen S. 52; vgl. Staud.-Boehmer § 1922 A. 162; a. A. die h. M., s. dazu unten S. 28 u. 29. ferner Berger S. 52; Offermann S. 30.

so ist daraus im Wege eines Umkehrschlusses zu folgern, daß der Erwerber für eigene Geschäftsverbindlichkeiten erst recht persönlich und unbeschränkt haften soll¹⁾. Dies gilt auch, wenn sich der Erbe zur Weiterführung eines Vertre = ters nach § 164 BGB, § 48 HGB bedient²⁾.

Aus dieser gesetzlichen Regelung ist ferner zu entnehmen, daß auch der frühere Geschäftsinhaber bis zum Geschäftsübergang unbeschränkt gehaftet hat. Denn eine Haftungsverschärfung zu Lasten des Erwerbers ist in keiner Weise ersichtlich und wäre durch nichts gerechtfertigt.

Schließlich besagt § 27^{II} HGB³⁾, daß der Erbe innerhalb der Frist von 3 Monaten seine Haftung nur für die im Moment der Geschäftsübernahme bereits bestehenden Verbindlichkeiten, nicht aber auch für solche Verpflichtungen beschränken kann, die er selbst in der Zeit zwischen Erbfall und Geschäfts = einstellung begründet⁴⁾.

Wenn der Erbe das Geschäft über diese Frist hinaus weiterführt, so gibt er dadurch zu erkennen, daß das Unternehmen nicht länger ein abtrennbarer Bestandteil des Nachlasses sein, sondern zukünftig zu seinem Privatvermögen gehören soll, d.h. daß er im vollen Umfange an die Stelle des Erblassers treten und sämtliche Vor- und Nachteile des Handelsgeschäftes für sich in Anspruch nehmen bzw. gegen sich gelten lassen will⁵⁾. Die unbeschränkte Haftung des jeweiligen Geschäftsinhabers für seine eigenen Verbindlichkeiten wird vom Gesetz somit vorausgesetzt. Einer Regelung bedurfte nur die Haftung eines Nachfolgers für die Verpflichtungen des bisherigen Geschäftsinhabers.

1) So eingehend KG JW 37,2599; vgl. Weiler DNotZ 52,295; Schmitz-Valckenberg S.58.

2) RG 132,138; KG aaO; Schlegelberger-Hildebrandt § 27 A5; Würdinger § 27 A.4; Bolte S.424.

3) Dabei ist unerheblich, ob in dieser Bestimmung eine selbständige handelsrechtliche Haftungsregelung oder eine Verschärfung des erbrechtlichen Haftungsrechtes zu sehen ist (ähnlich Wurm S.19; Pinner S.90-93; vgl. Düringer-Hachenburg § 27 A.1; Würdinger § 27 A.2).

4) Ausführlich OLG Hamburg, Seuff.A.65,258; Würdinger § 27 A.8; Baumbach-Duden § 27 A.1 c.

5) Nolte S.500; Bolte S.430-431; Wurm S.32.

3. Mithin bestätigen die §§ 25, 27 HGB in dreifacher Hinsicht die Existenz des handelsrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Haftung:
- a) Der Erwerber eines Handelsgeschäftes haftet für die von ihm selbst eingegangenen Geschäftsverbindlichkeiten in jedem Fall unbeschränkt. Dies gilt für einen Erben auch dann, wenn er innerhalb der Frist von 3 Monaten den Geschäftsbetrieb einstellt.
 - b) Der bisherige Geschäftsinhaber hat für seine geschäftlichen Verbindlichkeiten ebenfalls unbeschränkt gehaftet.
 - c) Die Haftung des Erwerbers auch für die Altschulden bildet den Regelfall und stellt damit den bis zur Übernahme bestehenden haftungsrechtlichen Normalzustand wieder her.
4. Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß nach § 27 HGB dem Erben die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung nach Fristablauf endgültig verwehrt ist. Eine Trennung der Vermögensmassen, d.h. eine Absonderung des Erbes vom privaten Erbenvermögen soll nach 3 Monaten unter keiner Voraussetzung¹⁾ mehr eintreten können. Die Möglichkeit auf dem Gebiete des Handelsrechtes die beschränkte Erbenhaftung überhaupt herbeiführen können, stellt mithin eine Ausnahme²⁾ dar, die das Gesetz eigens zulassen muß und im Falle eines Handelsgeschäftes von bestimmten, an eine relativ kurze Frist gebundenen Voraussetzungen abhängig macht.

-
- 1) § 25^{II} HGB ist nach richtiger Ansicht insofern nicht entsprechend anwendbar, d.h. der Erbe kann den Eintritt der unbeschränkten Haftung nach der relativ kurzen Frist nicht ausschließen, da im Falle der Fortführung durch den Erben nach § 27 HGB - anders als bei einer Veräußerung unter Lebenden nach § 25 HGB - kein weiterer haftender Vorinhaber, der einen Kaufpreis erhalten hat, vorliegt (vgl. Baumbach-Duden § 27 A.1 D).
- 2) Schlegelberger-Hildebrandt § 27 A.2, 7; Würdinger § 27 A.4, 6; Baumbach-Duden § 27 A.1 AC; Nolte S. 499 (unten); ferner S. 32 A.4.

Damit trägt diese Bestimmung der im HGB allgemein festzustellenden Tendenz¹⁾ Rechnung, daß dem Handelsverkehr - angesichts des Bedürfnisses des täglichen Geschäftslebens²⁾ nach klarer und sicherer Rechtsgestaltung sowie schneller und einfacher Abwicklung geschäftlicher Beziehungen - irgendwelche Unsicherheiten, Schwebezustände usw., wenn überhaupt, so doch nur für einen möglichst kurzen Zeitraum zugemutet werden können.

B.I. Wenn das RG in seiner grundlegenden Entscheidung³⁾ weiter ausführt, der unbeschränkten Haftung könne der Erbe eines Handelsgeschäftes im Falle der Fortführung nur dadurch entgehen, und der Erblasser könne sie entsprechend für den Erben nur dadurch ausschließen, daß eine der im HGB vorgesehenen Möglichkeiten für eine Haftungsbeschränkung angewendet werde⁴⁾, so ist durch die Behauptung allein noch keineswegs erwiesen, daß die Durchbrechungen der unbeschränkten Haftung abschließend im Handelsrecht geregelt sind, und demgegenüber eine ebenfalls gesetzlich - allerdings im BGB - vorgesehene Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung nicht anwendbar ist. Auch bleibt vom RG unberücksichtigt, daß es bereits im geltenden Handelsrecht verschiedene Ausnahmen vom Prinzip der unbeschränkten Haftung gibt bzw. gegeben hat, die möglicherweise in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht der Situation einer TVg vergleichbar sind.

II. Derartige Rechtsformen, die als Durchbrechungen des Grundsatzes der unbeschränkten Haftung für

1) Diese Tendenz zeigt sich ähnlich z.B. in § 139^{IV} HGB, wo die Unklarheit hinsichtlich der Fortsetzung einer Gesellschafterbeteiligung bzw. die Art dieser Fortsetzung möglichst schnell beseitigt werden soll; oder z.B. in § 377 HGB, wo die Verpflichtung zur Gewähr = leistung zeitlich erheblich eingeschränkt wird.

2) Vgl. J.v.Gierke S.4 (unten) - 5.

3) Bd.132,138.

4) aaO., S.144 (unten) - 145.

einen Vergleich mit dem TVg im Falle eines Einzelkauf = männischen Unternehmens in Betracht kommen können, sind insbesondere: Konkurs-, Nachlaß-, Nachlaßkonkursverwalter, Nachlaßpfleger, Verwaltungstreuhand infolge Vermögensbeschlagnahme¹⁾, "Ein-Mann"- GmbH, GmbH als Personengesellschafter, Rechtszustand bei § 139_{IV} HGB.

1. Hinsichtlich Konkursverwalter²⁾, Nachlaßverwalter³⁾, Nachlaßkonkursverwalter³⁾, sowie bzgl. der Beschlagnahme und Verwaltung bestimmter Vermögensmassen nach Kriegsende durch einen Treuhänder⁴⁾ gilt zwar einheitlich, daß durch die Tätigkeit dieser Personen das Privatvermögen des von der Verwaltung betroffenen Vermögenssträgers ebenso wenig zwingend verpflichtet werden kann⁵⁾ wie im Falle einer TVg⁶⁾. Der entscheidende und einen Vergleich mit dem TV ausschließende Unterschied⁷⁾ liegt jedoch darin, daß die Tätigkeit dieser Personen im Interesse der Gläubiger oder der Allgemeinheit⁸⁾ liegt. Ferner handelt es sich jeweils um eine Abwicklungs- und Verwertungstätigkeit, die nur eine vorübergehende Beschränkung des Berechtigten zur Folge⁹⁾ hat. Indessen handelt der TV nach § 2209 BGB nicht zum Zwecke der Abwicklung oder Auseinandersetzung¹⁰⁾, sondern er führt das Geschäft so lange fort, wie der Erblasser angeordnet hat. Dabei handelt er nach überwiegender Auffassung im privaten Interesse des Erblassers¹¹⁾. Während auf die obigen vorübergehenden Verwaltungen im

-
- 1) Dazu eingehend Barz NJW 47/48, 44.
2) Vgl. §§ 129_{II}, 132_I KO.
3) Vgl. § 1975 BGB; ferner Hamann S.25.
4) Barz aaO; Hamann S.18.
5) Staud.-Lehmann § 1967 A.12; RGR-K § 1967 A.11 b; OLG Colmar, OLG 12, 361-362; Barz aaO S.46.
6) Vgl. §§ 2206, 1967_{II}, 1975 BGB.
7) Zutreffend Hamann S.20
8) Vgl. Barz aaO S.45.
9) Hamann S.18
10) Siehe oben S.1 A.1.
11) Vgl. z.B. Siebert, Festschr. S.329; Dölle S.272-274; Richardi S.15; Möhring-Selzam S.212-213.

öffentlichen Interesse nicht verzichtet werden kann, und für diese Fälle die gegenständlich beschränkte Haftung kurzfristig in Kauf genommen werden muß¹⁾, trifft dies für die vergleichsweise erheblich längere und im privaten Interesse erfolgende Verwaltungstätigkeit eines TV gerade nicht zu.

2. Was die GmbH als Personalgesellschafter oder als "Ein-Mann" - GmbH anbetrifft, so lassen sich die aus beiden Fällen folgenden Eigenheiten nur aus dem besonderen Umstand erklären, daß die GmbH, die schon als solche eine Ausnahme vom Prinzip der unbeschränkten Haftung ist, gemäß §§ 13 GmbH-Ges., 6_{II} HGB eine eigene Rechtspersönlichkeit darstellt, mit welcher der Geschäftsverkehr ohne weiteres die Vorstellung der beschränkten Haftung verbindet²⁾. Dabei dürfte jedenfalls die "Ein-Mann" - GmbH einen Mißbrauch der vom Gesetz mit der Zulassung der GmbH verfolgten Zwecke darstellen und auf die Dauer eine Entscheidung darüber unvermeidlich sein, ob konsequenterweise auch eine beschränkte Haftung des Einzelkaufmannes zuzulassen³⁾ oder die unbeschränkte Haftung des GmbH - Gesellschafters zu verlangen ist⁴⁾.

3. Wenn ferner § 139_{IV} HGB dem Gesellschafter = erben erlaubt, sich die Entscheidung über sein Verbleiben in der Gesellschaft bzw. über die Beschränkung seiner Haftung für eine Zeit von 3 Monaten offen zu halten, obwohl der Erbe inzwischen selbst tätig werden und Verbindlichkeiten nach § 128 HGB begründen kann, so kann auch daraus keine Parallele für die TVg über ein Handelsgeschäft entwickelt werden, da dieser aus § 139_{IV} HGB sich ergebene rechtliche Schwebezustand nur wegen seiner relativ kurzen Dauer

1) Statt aller Hamann S.19.

2) BGH 20,4 (14); 22,226 (230); Baumbach-Hueck § 34 Anh.3 a GmbH-Ges.

3) So bereits geltendes Recht in Liechtenstein; vgl. Scholz § 15 A.61 a GmbH-Ges.; ausführlich Schmidt, GmbH - Rdsch.59, 105-107.

4) So die gesetzliche Regelung in Italien; vgl. Scholz § 15 A.61 a.E. GmbH-Ges.; Haupt-Reinhardt S.170; BGH 22,26 (230).

den Gläubigern und den Gesellschaftern zumutbar ist¹⁾).

4. Das Rechtsinstitut der Nachlaßpflegschaft ist schließlich deshalb für die Lösung dieses haftungs = rechtlichen Problems ungeeignet, weil der Nachlaßpfleger wie der TV im privaten Interesse eine u.U. langdauernde, nur für und gegen den Nachlaß wirkende Verwaltungstätigkeit ausübt²⁾. Vielmehr besteht für ihn die gleichgelagerte Frage der Zulässigkeit einer Haftungsbeschränkung bei der Verwaltung eines Handelsgeschäftes³⁾.

5. Denkbar erscheint endlich, daß die Grund = konzeption des Gesetzgebers hinsichtlich der erbrechtlichen Haftungsregelung zur Lösung der Frage beizutragen vermag.

Zwar ist seit Bestehen des BGB keine Übereinstimmung darüber zu erzielen, ob dem Erbrecht die unbeschränkte Erbenhaftung mit der Möglichkeit der Beschränkung zu Grunde liegt⁴⁾, oder ob das Erbrecht von einer grundsätzlich beschränkten Haftung des Erben ausgeht, die u.U. zur unbeschränkten werden kann⁵⁾.

Für das Problem, ob die erbrechtliche Haftungsregelung auch im Falle eines Handelsgeschäftes Geltung hat, ergibt sich aus dem unterschiedlichen Verständnis des Ausgangspunktes des erbrechtlichen Haftungsrechtes insofern nichts, als dieser Streit letztlich nur begrifflicher Natur⁶⁾ ist: Denn es bleibt in jedem Fall die hier allein interessierende Frage unbeantwortet, ob die erbrechtliche Möglichkeit der Haftungsbeschränkung - sei es nun als Regelfall oder als Ausnahmeerscheinung des erbrechtlichen Haftungsrechtes - auch im Falle der Vererbung und Fortführung des Handelsgeschäftes durch einen TV Anwendung finden kann.

1) Ähnlich Hamann S.24.

2) Kipp-Coing S.530-532; Hamann S.26.

3) Hamann aaO.

4) So Mot.V S.604; Pinner S.29.

5) Vgl.dazu Christopeit S.44 ff.

6) Richtig Christopeit S.47.

6. Die letzte Möglichkeit einer Durchbrechung des Grundsatzes der unbeschränkten Haftung besteht in § 27 HGB. Wie bereits erörtert wurde¹⁾, erlaubt diese Vorschrift dem Erben, unter gewissen Voraussetzungen für die Alt- bzw. Erblasserschulden die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeizuführen. Da der TV nach § 2206 BGB "Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen" berechtigt ist²⁾, stellt sich die Frage, ob auch die durch einen TV begründeten Verpflichtungen solche Verbindlichkeiten darstellen, für die der Erbe seine Haftung nach § 27 HGB möglicherweise beschränken kann.

Die Ergebnisse und Auswirkungen der TVg sind sodann der aus § 27 HGB - für die Geschäftsfortführung des Erben - entnommenen³⁾ Haftungsregelung gegenüberzustellen und auf ihre Vereinbarkeit mit dem dargelegten³⁾ Sinn und Zweck dieser Bestimmung zu überprüfen.

- a) Das erbrechtliche Haftungsrecht geht grundsätzlich davon aus, daß das ererbte und das bisherige private Vermögen in der Person des Erben eine Einheit bilden⁴⁾. Der Erbe als Träger dieses einheitlichen Vermögens haftet deshalb regelmäßig für alle Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen⁵⁾. Erst, wenn der Erbe gemäß § 1975 BGB eine endgültige Trennung der beiden Vermögensmassen ("separatio bonorum")⁶⁾ herbeiführt, kann jeder Vermögensteil zur selbständigen und ausschließlichen Haftungsmasse werden. Bis zu dieser Trennung bleibt § 2206 BGB, d.h. die Regelung, wonach der TV Verbindlichkeiten nur für den Nachlaß begründet, praktisch ohne Bedeutung⁷⁾. Vielmehr haftet der Erbe

1) Siehe oben S.26, 27 ff.

2) Vgl. Offermann S.11; Michaelis ZAKDR 43, 233-234; Nolte S.249.

3) Siehe oben S.26 ff (28-29).

4) Staud.-Dittmann § 1922 A.126; Einmahl AcP 160, 29 (36); Schmitz-Valckenberg S.6.

5) Siehe A.4.

6) Vgl. Staud.-Boehmer § 1922 A.138, 143 a.E.; RGR-K § 2214 A.1; Kipp-Coing S.308; Hamann S.64.

7) Hamann S.4.

bis zur Herbeiführung der Haftungsbeschränkung auch für die durch den TV eingegangenen Verpflichtungen mit seinem ganzen Vermögen unbeschränkt. Denn die Verbindlichkeiten aus einer TVg bestehen grundsätzlich für den Nachlaß wie für den Erben persönlich, da sie nach § 1967^{II} BGB sog. Erbfall- oder Nachlaßerbschulden¹⁾ darstellen.

Dem Erben ist nun in §§ 1975, 1981 BGB grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt, im Wege der Nachlaßverwaltung eine Trennung des ererbten vom eigenen Vermögen zum Zwecke der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß solange herbeizuführen, wie beide Vermögensmassen überhaupt noch getrennt werden können²⁾. Lediglich der Nachlaßkonkurs als Mittel einer derartigen "separatio bonorum" muß schon bei Vorliegen und Bekanntwerden der vorausgesetzten Überschuldung unverzüglich beantragt werden (§ 1980 BGB). Hingegen bedarf die Nachlaßverwaltung nur eines - nicht zeitgebundenen - Antrages³⁾. Hat der Erbe ein Verzeichnis des Nachlasses, z.B. ein Inventar⁴⁾ nach § 1993 BGB angefertigt, oder ist er auf andere Weise in der Lage, eine Absonderung der Nachlaßgegenstände von seinem sonstigen Vermögen tatsächlich zu ermöglichen⁵⁾, so kann er grundsätzlich zu jedem späteren Zeitpunkt noch eine Nachlaßverwaltung herbeiführen⁶⁾.

- b) Somit zeigt sich, daß der TV Verbindlichkeiten eingeht, die in zeitlicher Hinsicht zwar erst nach dem Erbfall begründet werden, daß diese aber im Rechtssinn grundsätzlich sowohl Verpflichtungen des Nachlasses als auch solche des Erben persönlich darstellen. Der entscheidende Unterschied zwischen diesen - aus einer TVg erwachsenen - Alt- oder Nachlaßschulden einerseits und den

1) RG JW 14,299 (300); KG JW 39,104; OLG 17,354 (355); Mot.V.603; Staud.-Lehmann § 1967 A.12; Staud.-Dittmann § 1967 A.12; Staud.-Dittmann Vorb.65 zu § 2197; RGR-K § 1967 A.11; Planck § 1967 A.2 b; Lange S.624-625; Scheel S.74,79; Wurm S.24.

2) Vgl. zum Ganzen Binder S.191 ff.

3) Wurm S.26.

4) Zur Bedeutung des Inventars für die Haftungsbeschränkung des Erben vgl. Christopeit S.48.

5) Vgl. §§ 1994^I 2, 2005^I, 2006^{III}, 2013 und 2012^I 3.

6) Hamann S.4.

persönlichen Neu- oder Erbenschulden andererseits liegt in dem Umstand, daß der Erbe für die ersteren unbeschränkt und unbeschränkbar, für die letzteren hingegen unbeschränkt, aber beschränkbar haftet. Diese unterschiedliche Intensität der Verpflichtung durch einen TV und damit auch die Regelung des § 2206 BGB treten jedoch erst praktisch in Erscheinung, wenn der Erbe vom Recht der Haftungsbeschränkung Gebrauch macht.

Deshalb sind die häufig benutzten Formulierungen, der TV könne nur den Nachlaß verpflichten¹⁾, seine Rechtsmacht sei auf den Nachlaß beschränkt²⁾ usw., zumindest ungenau³⁾. Vielmehr verpflichtet der TV beide ungetrennten Vermögensmassen, jedoch mit unterschiedlicher Wirkung: der Nachlaß ist zwingend und endgültig Haftungsgrundlage für die Geschäftsschulden aus der Tätigkeit des TV, wohingegen das private Erbenvermögen nicht endgültig, sondern nur beschränkbar verpflichtet wird. Beides folgt aus §§ 2206, 1975, 1967^{II} BGB. Die unbeschränkbare Haftung des Erben, die nach § 27 HGB als notwendige Folge der Geschäftsfortführung eintritt, kann durch den TV jedoch nicht begründet werden⁴⁾. Demnach führt, genau genommen, die TVg über ein Handelsgeschäft auch nicht zu einem Unternehmen "mit beschränkter Haftung", wie das RG⁵⁾ meint, sondern zu einem Geschäft mit "unbeschränkter, aber beschränkbarer" Haftung⁶⁾.

Wenn der TV bei der Fortführung des Handelsgeschäftes nur das Vermögen des Erblassers, also den Nachlaß zwingend verpflichtet, so bedeutet dies, daß sich die rechtliche Wirkung der Verwaltungstätigkeit des TV für den Fall, daß der

1) RG JW 31,3073 (3076); KG JW 37,2599; Hildebrandt DFG 37,153 (156); Mains DFG 39,191; Wurm S.31.

2) Staud.-Dittmann Vorb.65 zu § 2197; Schilling S.214; Möhring-Selzam S.320.

3) Einmahl AcP 160,29 (36).

4) RG aaO; Ritter § 27 A.9; Riesenfeld S.20; Wurm S.31; a.A. Pisko Handbuch S.257, A.31.

5) Bd. 132,138 (144).

6) Ähnlich Wurm S.49.

Erbe von der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung Gebrauch gemacht, nicht von derjenigen unterscheidet, die der Erblasser ausgelöst hätte, wenn er die - jetzt vom TV getätigten - Geschäfte noch vor seinem Tode selbst abgeschlossen hätte.

Damit läuft das Haftungsproblem auf die konkrete Frage hinaus, ob der TV befugt sein kann, durch seine Verwaltungstätigkeit fortlaufend "frühere Geschäftsverbindlichkeiten"¹⁾ i.S. von § 27 HGB zu begründen²⁾ und gleichzeitig den Erben als derzeitigen Geschäftsinhaber lediglich beschränkbar zu verpflichten.

- c) Diese beschränkbare Verpflichtung des persönlichen Erbenvermögens ist für die Gläubiger regelmäßig uninteressant, da sie jederzeit mit der Geltendmachung der Haftungsbeschränkung durch den Erben rechnen müssen. Mit Sicherheit können sie sich nur auf den Eintritt zwingen = der Nachlaßverbindlichkeiten verlassen.
- Wenn § 27 HGB dem Erben nur für einen relativ kurzen Zeitraum und nur hinsichtlich der Altschulden die Möglichkeit einräumt, vom Recht der Haftungsbeschränkung und der Trennung der Vermögensmassen Gebrauch zu machen, so soll er damit, wie bereits ausgeführt wurde³⁾, zur unbeschränkten und unbeschränkbaren Haftung für alle Verbindlichkeiten, d.h. auch für die noch vom Erblasser herrührenden Altschulden, gezwungen werden. Der Handelsverkehr wird also davor geschützt, mit der grundsätzlich unbefristeten Möglichkeit einer Nachlaßverwaltung und damit einer Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß rechnen zu müssen. Dies wird nicht einmal den Altgläubigern zugemutet, deren Forderungen im Augenblick der Geschäftsfortführung durch den Erben in Umfang und Höhe bereits endgültig feststehen. Zu dieser ausdrücklichen Regelung des § 27 HGB sah sich der Gesetzgeber also

1) Vgl. Christopheit S.98; Bolte S.444.

2) Dies übersieht Hamann (S.23), wenn er ausführt, § 27 HGB könne auf einen TV nicht angewendet werden, da diese Bestimmung sich nur auf Altschulden beziehe, während der TV nur Verbindlichkeiten nach dem Erbfall begründe.

3) Oben S.26 ff.

bereits im Falle der Geschäftsfortführung durch den Erben veranlaßt, obwohl die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung nur für eine festliegende und gleichbleibende Zahl von Altgläubigern eine Rechtsunsicherheit über den Umfang der Haftungsgrundlage auslösen konnte. Für die Neugläubiger tritt ja eine derartige Unklarheit nicht ein, weil der Erbe ihnen im Falle eigener Geschäftsfortführung bereits nach § 27 HGB mit seinem ganzen Vermögen unbeschränkt und unbeschränkbar haftet¹⁾.

Dieser Sinn und Zweck von § 27 HGB verbietet folglich erst recht eine solche Geschäftsfortführung, durch die nicht nur den Altgläubigern, sondern nicht einmal den Neugläubigern ein unbeschränkter Zugriff auf das gesamte Erbenvermögen eingeräumt wird; sondern bei welcher sie, die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung unterstellt, nur die Rechtsposition von Nachlaß- oder Altgläubigern erlangen können. Ist die nicht fristgebundene Möglichkeit der Haftungsbeschränkung bereits für einen feststehenden Kreis von Altgläubigern unzumutbar, so trifft diese gesetzliche Wertung erst recht dann zu, wenn sich der Kreis der Altgläubiger infolge der TVg beständig erweitert, ohne daß diese auch mit Sicherheit den Erben persönlich in Anspruch nehmen könnten.

- d) Im Interesse klarer Haftungsverhältnisse²⁾ ist es sowohl den Altgläubigern, zu deren Gunsten die in § 27 HGB enthaltene Regelung unmittelbar getroffen wurde, als auch den Neugläubigern im Falle der Geschäftsfortführung durch den TV gleichermaßen nicht zuzumuten, ständig mit der Gefahr zu rechnen, daß der Erbe möglicherweise seine Haftung noch beschränken kann. Hier wie dort soll und darf nach 3 Monaten eine Trennung der Vermögensmassen nicht mehr eintreten. Dieses sich aus Sinn und Zweck des § 27 HGB ergebende Verbot jeder späteren Vermögenssonderung ergreift jede Art der Geschäftsfortführung, d.h. diese gesetzliche Wertung trifft auf eine Weiterführung des Unternehmens durch den Erben, einen Vertreter oder einen Prokuristen

1) Dies folgt aus einem Umkehrschluß zu § 27 HGB, (s.oben S.30-31); vgl.KG JW 39,2599; vgl.Schmitz-Valckenberg S.58; Weiler DNotZ 52,295.

2) Dazu Nolte S.497-499.

ebenso zu wie auf die Fortführung durch einen TV¹⁾. Denn für den Handelsverkehr ist allein ausschlaggebend, daß der bisherige Betrieb überhaupt übernommen und fortgesetzt wird. Es widerspricht entschieden dem wesensmäßigen und gesetzlich z.B. in § 27 HGB berücksichtigten Streben des Handelsverkehrs nach sicherer Rechtsgestaltung, schneller Abwicklung der Geschäftsbeziehungen und klaren Haftungsverhältnissen, wenn mit einem unter TVg stehenden Handelsgeschäft gewissermaßen die Vorstellung einer GmbH verbunden werden müßte: Der Handelsverkehr hätte zwischen zwei Arten von Einzelhandelsgeschäften zu unterscheiden, nämlich zwischen solchen, bei denen der Inhaber unbeschränkt haftet und solchen, bei denen der Inhaber die Haftung auf den Nachlaß beschränken kann²⁾.

Hinzu kommt, daß die beiden Vermögensmassen, deren Trennung der Erbe "irgendwann" durch eine Nachlaßverwaltung herbeiführen kann, im Laufe der Zeit immer stärker miteinander verwachsen. Entsprechend verlieren die Gläubiger mehr und mehr den Überblick über den Umfang der Haftungsgrundlage für ihre Forderungen.

Schließlich müßte, würde diese Möglichkeit eines Handelsgeschäftes "mit beschränkter Haftung" anerkannt, der Handelsverkehr sich immer häufiger Geschäften dieser Art gegenüber sehen, denn diese Möglichkeit, den Betrieb mit dem Recht der Haftungsbeschränkung fortzuführen, würde praktisch für jedes Handelsgeschäft bestehen, das mindestens in der zweiten Generation betrieben wird. Damit würde der gesetzliche Regelfall des § 27 HGB - unbeschränkte Haftung - in der Praxis zur Ausnahme; in Wahrheit entstünde eine neue, gesetzlich nicht vorgesehene Form einer Geschäftsführung mit beschränkter bz.beschränkbarer Haftung.

- e) Die hier entwickelte Auffassung, nach der Sinn und Zweck von § 27 HGB mit der direkten TVg nicht vereinbar sind, bedarf abschließend noch einer Rechtfertigung gegenüber verschiedenen abweichenden Ansichten des Schrifttums.

1) Vgl.Christopeit S.96-97.

2) RG 132,138; Hamann S.30.

aa) Verschiedentlich¹⁾ wird die Zulässigkeit der TVg über ein Handelsgeschäft nicht nach der "ratio" von § 27 HGB beurteilt, sondern von der Rechtsnatur der TVg abhängig gemacht: § 27 HGB könne auf den TV nur zur Anwendung kommen, wenn dieser "gesetzlicher Vertreter" des Erben sei. Anderenfalls liege die nach § 27 HGB erforderliche "Fortführung durch den Erben" nicht vor.

Der müßige und unbefriedigende Streit²⁾ über die Amts- und Vertretertheorie muß jedoch zu einer Verkenntung dieses Problems führen, bei dem es allein auf die Fortführung des Geschäftes als solche ankommt. Diese tritt, wie ausgeführt³⁾, auch unter einem TV ein.

Anderenfalls, d.h. wenn es für die Regelung des § 27 HGB entscheidend auf eine Fortführung durch den Erben ankäme, müßte diese Bestimmung mehr oder weniger ergebnislos bleiben; wenn die TVg über ein Handelsgeschäft gar nicht von § 27 HGB ergriffen wird, weil sie keine Geschäftsfortsetzung des Erben darstellt, wird die durch diese Vorschrift beabsichtigte Vereitelung einer Haftungsbeschränkung und Vermögenstrennung in höchstem Grade gefährdet. Der Erblasser braucht nur TVg anzuordnen, um zu Gunsten des Erben die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung geradezu zu "verewigen".

bb) Nolte⁴⁾ versteht die Regelung der §§ 27_{II}, 25_{II} HGB dahin, daß die Haftung des Erben für die Altschulden ganz allein und ausschließlich in die Hand des Erben gelegt sei. Aus dieser völligen Abhängigkeit des Haftungsumfanges vom Willen des Erben folgert er, daß dann auch nicht das "bedeutsame Institut der TVg der handelsrechtlichen Haftung geopfert"⁵⁾ werden müsse. Dabei wird jedoch offensichtlich übersehen, daß diese "Willkür" des Erben hinsichtlich seiner Haftungsentscheidung

1) Nolte S.495-496; Christopeit S.94.

2) Dazu bes. Siebert, Festschr. S.329; Dölle S.272-274; ferner Richardi S.15; Möhring-Selzam S.212-213.

3) Oben S.37 ff.

4) S.497 ff (bes.501).

5) S.501-502.

gerade nur für die relativ kurze Zeit von 3 Monaten rechtliche Bedeutung erlangen kann. Daraus kann indessen nichts für die Frage der Zulässigkeit einer langjährigen TVg entnommen werden.

cc)Christopeit¹⁾ sieht eine Inkonsistenz darin, daß einer =
seits § 27 HGB auf die Fortführung durch einen TV keine
Anwendung finden solle, daß aber andererseits die Zuläs=
sigkeit der TVg im Hinblick auf § 27 HGB zu verneinen sei.
Nach der hier aus § 27 HGB entwickelten Ansicht erklärt
sich dieser angebliche Widerspruch ohne weiteres wie folgt:
§ 27 HGB ist insofern auf eine TVg nicht anwendbar, als
die TVg nicht einer Vertretung gleichgestellt werden und
der Erbe durch den von seinem Willen weitgehend unabhän=
gigen TV nicht die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung
verlieren kann²⁾. Die Vorschrift des § 27 HGB ist jedoch
insoweit für die Frage der Zulässigkeit der TVg von Be =
deutung, als nach ihrem Sinn jede Geschäftsfortführung zu=
gleich den Verlust des Haftungsbeschränkungsrechtes mit
sich bringt.

7. An der Unvereinbarkeit der TVg mit der "ra =
tio" des § 27 HGB ändert es auch nichts, wenn der TV je =
weils als solcher auftreten³⁾ oder im Handelsregister ein=
getragen würde. Ein ausreichender Schutz des Handelsver =
kehrs könnte dadurch nur dann erreicht werden, wenn mit
diesem Auftreten als TV bzw. mit der Eintragung der TVg
im Geschäftsleben notwendig die Vorstellung der beschränk=
ten Haftung auf das der TVg unterliegende Vermögen verbun=
den würde. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr bedeutet
die Mitteilung oder Eintragung der TVg zunächst nur, daß
nicht der TV selbst verpflichtet werden soll bzw. in Anspruch
genommen werden will⁴⁾. Ihre Wirkung besteht demnach darin,

1) S.95.

2) So deutlich KG JW 37,2599; Hühnl.Nolte S.495.

3) So allerdings Buchwald (AcP 154,30);
vgl.auch Baur S.262 (unten).

4) Vgl. RG 80,148; 146,346.

den sonst mit der Stellvertretung (§ 164_I BGB) verbundenen Erfolg herbeizuführen.

Eintragung und Mitteilung der TVg besagen indessen zur Frage der Haftung für die eintretenden Verbindlichkeiten höchstens, daß der Vermögensträger seine Haftung gegenständlich auf den Nachlaß beschränken kann. Diese Möglichkeit beschränkter Haftung ist jedoch nach dem Gesagten mit den Sicherheitsbedürfnissen des Handelsverkehrs nicht zu vereinbaren. Vielmehr darf und muß nach spätestens 3 Monaten ohne weiteres auf die unbeschränkte Haftung für die entstehenden Geschäftsverbindlichkeiten vertraut werden (§§ 27, 139 HGB).

8. Der handelsrechtliche Grundsatz der unbeschränkten Haftung steht somit der Anwendung der beschränkbaren Erbenhaftung und damit der TVg unvereinbar gegenüber^{1,2)}.

C. Besteht demnach der Zweck des § 27 HGB darin, dem Erben im Falle eigener Fortführung die erbrechtliche Möglichkeit der Haftungsbeschränkung zu nehmen, und trifft die dieser Vorschrift zu Grunde liegende Wertung in gleicher Weise auf die TVg bzw. die darin enthaltene Haftungsbeschränkbarkeit zu, so kann die direkte Anwendung der TVg nach § 2197 ff BGB auf ein Handelsgeschäft nur noch unter der Voraussetzung stattfinden, daß die Vorschriften über die TVg nicht durch das Handelsrecht verdrängt werden.

1) So im Ergebnis auch die h.M., vgl. S.2 Anm.4 und 5.

2) Die Nachlaßpflegschaft, (siehe S.33 unter 4), die ebenfalls im privaten Interesse erfolgt und sich über einen längeren Zeitraum erstrecken kann, ist haftungsrechtlich wie die TVg zu behandeln: auch hier verstößt die beschränkbare Erbenhaftung gegen den handelsrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Haftung.

I.1. Entscheidende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Vorschrift des § 2_I EGHGB zu. Aus dieser Vorschrift ist, ihrem Sinne entsprechend, nach ganz allgemeiner Meinung der für das Verhältnis des HGB zu sonstigen Gesetzesbestimmungen grundlegende Gedanke abzuleiten, daß das Handelsrecht insgesamt als Sonderrecht¹⁾, z.B. gegenüber abweichenden Bestimmungen des BGB, vorzugehen hat. So werden die erbrechtlichen Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß durch den handelsrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Haftung verdrängt²⁾. Diese erbrechtlichen Vorschriften müssen wegen ihres mehr grundsätzlichen und generellen Inhaltes den für einen rechtlichen Teilbereich-Handelsrecht-getroffenen Spezialbestimmungen weichen, da diese den typischen Vorgängen, Bedürfnissen und Absichten des Handelsverkehrs in besonderer Weise Rechnung zu tragen bestimmt und in der Lage sind³⁾.

2. Das handelsrechtliche Haftungsrecht geht somit mit den erbrechtlichen Haftungsvorschriften vor⁴⁾.

II. Wenn Baur⁵⁾ und Christopeit⁶⁾ einwenden, § 2 Abs.1 EGHGB müsse für die Frage, ob die gesetzliche TVg auf ein einzelkaufmännisches Unternehmen anwendbar sei, deshalb außer Betracht bleiben⁷⁾, weil das HGB über die

1) Staud.-Dittmann § 2205 A.56; Würdinger Einl.A.2 und A.32; Baumbach-Duden, Einf.Buch I 2; Nolte S.496.

2) KG JW 35,1794; Düringer-Hachenburg § 27 A.4 bb; Flechtheim § 139 A.56; Weipert § 139 A.22; Heymann-Kötter § 139 A.3; Baumbach-Duden § 27 A.1 A,C und § 139 A.1 D; Hueck,OHG S.300; Barthol.S.331; Riesenfeld S.18; Petersen S.50-51; Berger S.52; Offermann S.30; a.A.Petersen S.50-51; Liebisch ZHR 116,153.

3) Ähnlich Schlegelberger-Hildebrandt Überbl.S.2 (oben); Düringer-Hachenburg § 27 A.1; J.v.Gierke, Festschr. S.100.

4) Nolte (S.496) sieht im Vorrang des handelsrechtlichen Haftungsrechtes "im Grunde eine Selbstverständlichkeit".

5) S.263.

6) S.105.

7) Vgl.oben S.6.

Zulässigkeit der TVg gar keine Bestimmung enthalte, also auch der erbrechtlichen Regelung der TVg keine sachlich entsprechende Regelung des HGB gegenüberstehe, so übersehen beide Autoren offensichtlich, daß sich das Vorliegen einer - die Vorschriften des BGB verdrängende - Bestimmung des HGB nicht nur unmittelbar aus seinen wörtlichen Formulierungen ergeben kann. Vielmehr muß es genügen, wenn sich aus der "ratio" einer Vorschrift - hier des § 27 HGB - eindeutig ein hinter dem formalen Gesetzestext erkennbarer Grundgedanke entwickeln läßt. Diesem Grundgedanken - Unzulässigkeit der Aufteilung der Vermögensmasse - durch den Erben, also unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung - über § 2_I EGHGB Einfluß zu verschaffen, entspricht erst wirklich dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung.

§ 4 Zwischenergebnis

Somit bleibt festzuhalten, daß die gesetzliche TVg nach § 2197 ff BGB als Verstoß gegen den handelsrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Haftung auf die Fortführung eines Einzelhandelsgeschäftes nicht anwendbar ist. Damit muß der von Baur¹⁾, Christopheit¹⁾ und Nolte¹⁾ vertretene Lösungsversuch an den unabdingbaren handelsrechtlichen Haftungserfordernissen scheitern, obwohl diese - der "Treuhand"- und "Vollmachtlösung" der h.M. entgegengesetzte - "erbrechtliche" Lösung aus der Sicht des Erbrechtes keinen Bedenken unterliegt, vielmehr in ihrer Einfachheit und der formal stärkeren Gesetzesnähe ein unverkennbarer Vorzug dieser Ansicht liegt.

1) siehe Fundstellen S.6 A.8.

2. Kapitel:

Mittelbare TVg der h.M. (Treuhand- und Vollmachtlösung)

§ 1 Handelsrechtliche Bedenken: Unternehmerstellung des TV

A. Gegen die Treuhandlösung der h.M. können aus der Sicht des Handelsrechtes insofern Zweifel bestehen, als der TV im Falle der treuhänderischen Geschäftsführung = führung evtl. kein Unternehmer¹⁾ bzw. Kaufmann²⁾ ist, weil er gewissermaßen als "Willensverlängerung"³⁾ des Erblassers mit diesem identisch³⁾ ist und nicht selbst das Geschäftsrisiko trägt⁴⁾.

B.I. Bei dieser Argumentation wird jedoch das äußere Erscheinungsbild dieser Form der mittelbaren TVg nicht genügend berücksichtigt⁵⁾: Der TV führt nach außen das Geschäft im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Dies allein ist entscheidend für die Bejahung der Unternehmer- bzw. Kaufmannseigenschaft⁶⁾. Unerheblich ist, ob der TV seine Haftung und damit das Risiko dann im Wege eines Regressanspruches auf einen anderen abwälzen kann⁷⁾.

1) Baur S.255.

2) Groschuff JW 38,1361; dagegen ausführlich Mains DFG 39,191.

3) Baur aaO.

4) Groschuff aaO.

5) Ähnlich Mains aaO.

6) Vgl. insofern auch die h.M., oben S.2 A.4 und 5.

7) Unklar insofern Buchwald (AcP 154,22), der als Kaufmann denjenigen bezeichnet, "auf dessen Namen und auf dessen Risiko der Betrieb geführt wird" (S.29).

II. Würde man dem treuhänderischen TV die Kaufmannseigenschaft absprechen, so wären auf dem Gebiete des Handelsrechtes Rechtsgestaltungen unter dem Gesichtspunkt der Treuhand gar nicht denkbar. Auch angesichts der erhöhten Verkehrsbedürfnisse des Handelsrechtes bestehen indessen gegen eine treuhänderische Rechtsinhaberschaft grundsätzlich keine Bedenken, da die äußere Rechtslage in einem solchen Fall durchaus klar und eindeutig ist. Andernfalls wäre z.B. ein Geschäftsinhaber und "Außengesellschafter", hinter dem ein sog. "stiller Gesellschafter" steht, in vielen Fällen deshalb kein Kaufmann, weil ihn - nach der hier abgelehnten Auffassung - wirtschaftlich evtl. nicht das volle oder überhaupt kein Risiko trifft.

§ 2 Zivilrechtliche, insbesondere erbrechtliche Bedenken:
Auslegung und Wirksamkeit der Anordnung des Erblassers

A. Die Konstruktion der mittelbaren TVg bedarf einer eingehenden Überprüfung¹⁾. Angesichts der weitreichenden Wirkungen dieser Form der TVg über ihren gesetzlichen Umfang hinaus auf das Privatvermögen des Erben ist der bemerkenswerte Umstand, daß diese mittelbare TVg kaum²⁾ umfassend und kritisch untersucht worden ist, wohl nur aus dem erheblichen praktischen Bedürfnis bzgl. des wirtschaftlichen Erfolges einer TVg zu erklären.

1) Vgl. Christopeit S.85 ff.

2) Vgl. oben S.5 A.5 und erst neuerdings Baur (S.249 ff), Nolte (S.493 ff), Christopeit (S.85 ff).

I. Der wichtigste und umfassendste Vorwurf¹⁾ gegen die h.M. besteht darin, die mittelbare TVg sei eine Umgehung der gesetzlichen TVG nach § 2197 ff BGB und für den Erben unzumutbar. Damit wird also in Abrede gestellt, daß der Erblasser überhaupt in der Lage ist, die mittelbare TVg in wirksamer und dem Erben zumutbarer Weise anzuordnen.

Folgerichtig ist somit vorab zu untersuchen, ob der Erblasser grundsätzlich von der Rechtsgestaltung der mittelbaren TVg, wenigstens in einer ihrer Erscheinungsformen, in seiner letztwilligen Verfügung Gebrauch machen kann. Sodann wird zu prüfen sein, ob der Erblasser davon im Normalfall der Anordnung einer TVg über ein Handelsgeschäft auch tatsächlich Gebrauch gemacht hat.

1. Was den ersten Teil der gestellten Frage angeht, ob nämlich das Handelsgeschäft überhaupt einer mittelbaren TVg unterstellt werden kann, so ist von dem grundlegenden Unterschied zwischen einer TVg i.S. des § 2197 ff BGB gegenüber beiden Ausprägungen der mittelbaren TVg auszugehen.

Während erstere nur hinsichtlich des Nachlasses zwingend Verpflichtungen des Erben zu begründen vermag, ist die mittelbare TVg gerade zu dem Zweck entwickelt worden, die handelsrechtlich unerlässliche unbeschränkte Haftung zu garantieren und dennoch den praktischen Erfolg einer TVg eintreten zu lassen. Dies soll²⁾ durch die unbeschränkte Haftung des Erben als Vollmachtgeber bzw. durch den TV als Treuhänder erreicht werden, wobei zu beachten ist, daß die unbeschränkte Haftung des treuhänderischen TV nur im Außenverhältnis besteht, daß der Erbe aber wegen des von der h.M. angenommenen unbegrenzten Regressanspruches³⁾ des TV auch bei dieser

1) Insbesondere Siebert, Festschr. S. 336; vgl. Weiler DNotZ 52, 296; Holch DNotZ 58, 295 (u.A. 69); Donner DNotZ 44, 146.

2) Dazu oben S. 1-5.

3) Oben S. 4 (und S. 4 A. 4).

Fallgestaltung im Endeffekt die unbeschränkte Haftung trägt.

- a) Die h.M. hat bisher, soweit ersichtlich, noch nicht untersucht, welcher Umstand diese mittelbare TVg mit dem Ergebnis der direkten oder indirekten unbeschränkten Erbenhaftung rechtfertigt. Diese Frage stellt sich insbesondere deshalb, weil einerseits ständig¹⁾ betont wird, daß eine Erweiterung der Rechte des TV im Falle der direkten TVg (§ 2197 ff BGB) nicht zulässig sei¹⁾, andererseits aber von der h.M. auf die mittelbare TVg im Einzelfall durchaus die Vorschriften des § 2197 ff BGB angewendet werden²⁾. Darin liegt je = denfalls solange ein Widerspruch, als nicht dargetan wird, wie "bei der gegebenen Unzulässigkeit der eigentlichen TVg"³⁾ der TV die Stellung eines mittelbaren TV = als Treuhänder oder Bevollmächtigter = erhält⁴⁾. Rein äußerlich kann der entscheidende Unterschied zwischen der Undurchführbarkeit der direkten und der Zulässigkeit der mittelbaren TVg allein darin gefunden werden, daß zu der ersteren die unbeschränkte Haftung des Erben hinzutritt und daß die Auswirkungen der TVg auf das persönliche Erbenvermögen, wenigstens formal, durch den Erben selbst ermöglicht wird. Hingegen bezieht sich die betonte Unzulässigkeit einer Erweiterung der gesetzlichen Rechtsmacht des TV darauf, daß diese

1) Dazu unten S.49 (u.dazu A.4) -52 (u.dort zit.Fundst.).

2) Vgl.dazu BGH 12,103; 24,112; RG 172,204-206; KG DNotZ 55,422; Staud.-Dittmann § 2205 A.56,60; RGR-K § 2205 A.1b; Schlegelberger-Geßler § 139 A.14; Mains DFG 39,192; Schwerdtfeger S.64; a.A.noch BGH MDR 54,33 (Sp.2 Mitte), der dem RG (172,205) mit Recht die Widersprüchlichkeit einer Anwendung von § 2197 ff BGB auf das Verhältnis zwischen TV und Erben vorhält angesichts der vorher getroffenen Feststellung des RG, daß die gesetzliche TVg unzulässig sei und "daß die dem TV (vom Erben) zu übertragenden Befugnisse von seinem Amt nicht umfaßt werden" (BGH aaO); ähnl.Schmitz-Valckenberg S.71-72; kritisch auch Weiler DNotZ 52,300.

3) So KG JW 39,104.

4) Zutreffend Christopheit S.85.

nicht durch den Erblasser über den Nachlaß hinaus ausgedehnt werden kann.

Jedoch kann zweifelhaft sein, ob es sich wirklich um eine Erweiterung der Befugnisse des TV durch den Erben handelt, oder ob die - wenigstens mittelbare¹⁾ - Verpflichtung¹⁾ zur Rechtsmachterweiterung, die sich aus der von der h.M. angenommenen Auflage oder Bedingung²⁾ ergibt, nicht auf einen unzumutbaren Zwang für den Erben und eine Umgehung des Prinzipes der auf den Nachlaß beschränkten Rechtsmacht des TV hinausläuft.

Dies ist umso zweifelhafter, als mitunter³⁾ davon gesprochen wird, der TV sei "kraft seines Amtes" zur treuhänderischen Übernahme und Fortführung "ermächtigt"³⁾, der Erbe habe die mittelbare TVg "zu dulden"⁴⁾ usw. Eine Rechtsmachterweiterung durch den Erben könnte nach diesen Formulierungen nur darin bestehen, daß der Erbe die Tätigkeit des mittelbaren TV hinnimmt und ihr nicht wider = spricht. Unklar wäre, aus welchen Gründen eine derartige Unterlassung des Erben die umfassende Rechtsposition des mittelbaren TV sollte begründen können, sowie ferner, in welchem Augenblick eigentlich die entscheidende Erweiterungshandlung des Erben "durch Unterlassen" erfolgen soll⁵⁾.

b) Für dieses Problem verdient ein von Siebert⁶⁾ im Zusammenhang mit dieser Frage entwickelter allgemeiner Grundsatz⁷⁾ besondere Beachtung:

" Außerhalb der notwendigen gesetzlichen Vertretung gibt es keine Fälle, in denen jemand persönlich haften muß, aber in den Entscheidungen, die eine solche Haftung begründen können, unfreiwillig der Entscheidungsgewalt eines anderen unterworfen ist." Dabei handele es sich um

1) Siehe dazu Schwerdtfeger S.60.

2) Vgl.oben S.4, 2.Hälfte.

3) KG JW 36,1137; JW 39,104; Möhring-Selzam S.303.

4) RG 172,199.

5) Kritisch dazu Ahlborn S.90.

6) Festschr.S.335.

7) Dazu ausführlich Schwerdtfeger S.56 ff.

eine Auswirkung der gerade im Unternehmensrecht "notwendigen Verknüpfung von Herrschaft und Haftung"¹⁾.

- c) Daß dieser Grundsatz jedenfalls für das vorliegende Problem - Zulässigkeit einer letztwilligen Verpflichtung des Erben zur Erweiterung der Befugnisse des TV - Geltung beanspruchen kann, folgt aus dem in §2197 ff BGB enthaltenen Grundsatz der zwingend beschränkten Rechtsmacht des TV²⁾.

Wenn § 2208 Abs.1 BGB nur erlaubt, daß die Rechte des TV eingeschränkt werden, so kann daraus im Wege eines Umkehrschlusses gefolgert werden, "daß der Erblasser die Rechte des Vollstreckers nicht über den von dem Gesetz bestimmten Machtkreis hinaus erweitern kann"³⁾. Vielmehr hätte die Möglichkeit einer Erweiterung durch den Erblasser, wie die der Beschränkung, einer Erwähnung im Gesetz bedurft⁴⁾. Demnach kann der TV vom Erblasser nicht mehr Rechte erhalten, als ihm durch die gesetzlichen Vorschriften verliehen sind⁵⁾. Diese zwingende Regelung verbietet dem Erblasser auch, über andere Rechtsinstitute die gegenständlich beschränkte Rechtsmacht des TV zu erweitern⁶⁾.

Wenn auch eine unmittelbare Erweiterung der rechtlichen Befugnisse des TV durch den Erblasser nicht möglich ist⁷⁾, so "versteht es sich jedoch von selbst, daß eine solche Erweiterung nicht ausgeschlossen ist, welche aus einer nach den allgemeinen Grundsätzen zulässigen selbständigen Auflage sich ergibt"⁸⁾.

1) Siebert aaO.

2) Wenn Baur (S.268) diesen Grundsatz der "Parteidisposition", hier also dem Willen des Erblassers unterordnen will, so beachtet er gerade nicht, daß der Erblasser in seiner Disposition nach § 2197 ff BGB zwingend auf sein eigenes Vermögen beschränkt ist.

3) Mot.V, S.241.

4) Hamann S.49; Kipp-Going S.298-299.

5) Prot.V, 307.

6) Richardi S.50.

7) Vgl. Schwerdtfeger S.55-56.

8) Mot.aaO; Prot.aaO.

Ist aber einerseits die Rechtsmacht des TV für die Fortführung eines Handelsgeschäftes davon abhängig, daß seine Verpflichtungsbefugnis wegen des handelsrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Haftung auf das persönliche Erbenvermögen ausgedehnt wird, und kann andererseits diese notwendige Erweiterung der Rechtsmacht durch den Erblasser selbst nicht herbeigeführt werden, so kann die Legitimation des mittelbaren TV, zumindest deren Erweiterung auf das persönliche Erbenvermögen, nur vom Erben herrühren¹⁾. Der Erblasser kann den Erben nur durch eine Auflage verpflichten²⁾, seinerseits die Rechtsmacht des TV entsprechend auszudehnen. Nicht schon durch die Auflage selbst, sondern erst dadurch, daß der Erbe diese erfüllt, erhält also der TV die für seine handelsrechtliche Tätigkeit unerlässliche unbeschränkte Verpflichtungsbefugnis³⁾.

Eine Bedingung⁴⁾ des Erblassers ist entsprechend zu beurteilen.

Folgerichtig muß auch im Falle der treuhänderischen Übernahme und Fortführung durch den mittelbaren TV ein selbstständiger, ermächtigender Rechtsakt des Erben erfolgen. Da die treuhänderische Verwaltung wegen des unbeschränkten Regressanspruches⁵⁾ im Innenverhältnis zwangsläufig

1) Vgl. Hamann S.7.

2) Außer der oben (S.2, A.4 u.5) zitierten h.M.: RG JW 15,245 = WarnR 1915 Nr.292 (S.454); RG 172, 205; Planck § 2208 A.6; Staud.-Dittmann § 2205, A.64, 2208 A.17; Kipp-Coing S.297; Donner DNotZ 44,148.

3) Dies übersieht Weiler (DNotZ 52,296), wenn er ausführt, der TV, der als Vertrauensmann des Erblassers zum Verwalter berufen sei, müsse so viel Rechte haben, wie zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlich seien. Weiler berücksichtigt allein den Willen des Erblassers, nicht aber die Interessen des Erben. Seine Auffassung läuft auf eine Umgehung der beschränkten Rechtsmacht des TV und der entsprechenden Grenze für die Anordnung des Erblassers hinaus, (richtig: Schmitz-Valckenberg S.62; vgl. aber Michaelis ZAkDR 43,234; Holch DNotZ 58, 296-297).

4) Siehe S.50 A.7.

5) Siehe S.3 a.E.

ebenfalls auf eine unbeschränkte Haftung des Erben hinausläuft¹⁾, würde ohne einen entsprechenden Gestattungsakt des Erben der dargelegte Grundsatz umgangen, wonach dem TV vom Erblasser nicht mehr als die gesetzlich vorgesehenen Befugnisse eingeräumt werden können. Dies muß auch für die Ermächtigung des TV zur Verwaltung des Geschäftes im eigenen Namen gelten.

- d) Ob das Einverständnis des Erben mit der mittelbaren TVg in einer ausdrücklichen Bevollmächtigung zu sehen ist - dann müßte auch im Treuhandfall konsequenterweise ein besonderer Gestattungsakt angenommen werden²⁾ -, oder ob der die mittelbare TVg erst ermöglichende freiwillige Rechtsakt des Erben bereits in der Annahme der Erbschaft zu finden ist, ist in diesem Zusammenhang nicht erheblich. Erforderlich bleibt nur, daß der Erbe überhaupt die Möglichkeit hat, die - vor allem haftungsrechtlichen - Auswirkungen der mit mittelbaren TVg zu beherrschen und daß er von dieser Entscheidungsbefugnis Gebrauch gemacht hat³⁾, bevor der mittelbare TV seine Verwaltungstätigkeit aufnimmt. Entspricht nun das - selbständig oder durch die Annahme der Erbschaft - zum Ausdruck gebrachte Einverständnis des Erben mit der mittelbaren TVg trotz der diesbezüglichen Veranlassung durch den Erblasser dem entwickelten Erfordernis der Freiwilligkeit? Anders formuliert: läuft die Alternative, entweder die Erbschaft anzunehmen und damit notwendig auch das Privatvermögen in die Haftungsgrundlage für die Geschäftsführung einzubeziehen, oder aber die Erbschaft auszuschlagen, auf einen unzumutbaren Zwang des Erben hinaus? Für die zur Beantwortung dieser Frage erforderliche Abwägung zwischen den Interessen des Erben und denen des

1) Ahlborn S.90,105; vgl.auch Weiler aaO S.295 A.39.

2) So auch Schlegelberger-Hildebrandt (§ 22 A.8), die die Zulässigkeit der treuhänderischen Übernahme von einer Zustimmung des Erben abhängig machen.

3) Ahlborn S.90.

Erblassers verdienen verschiedene Umstände Beachtung:

aa) Keine Anordnung des Erblassers, also auch keine Verpflichtung oder Veranlassung des Erben, mit der mittelbaren TVg einverstanden zu sein, kann einen Eingriff in ein Recht oder in eine rechtlich geschützte Position des Erben darstellen, weil für diesen die Erbschaft lediglich eine Erwerbschance¹⁾ bedeutet. Inhalt und Umfang derselben unterliegen folglich ausschließlich dem Willen und den Bestimmungen des Erblassers.

bb) Die Möglichkeit einer unmittelbaren Einflußnahme des TV auf das persönliche Erbenvermögen entsteht erst und nur durch den Erben selbst. Entscheidende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Annahme der Erbschaft zu: indem der Erbe dieselbe in dieser modifizierten Form annimmt, akzeptiert der Erbe zugleich alle persönlichen Belastungen und Verpflichtungen, die der Erblasser mit der unentgeltlichen Zuwendung verbindet²⁾. Die an die Zuwendung geknüpften Verpflichtungen, Bedingungen usw. erlangen für den Erben bereits rechtliche Bedeutung in dem Augenblick, wo er die Erbschaft in Kenntnis der besonderen Umstände annimmt, die sich nach h.M. aus der Anordnung des Erblassers - Bedingung oder Auflage - ergeben. Hat der Erbe indessen die erforderliche Kenntnis im Zeitpunkt der Annahme noch nicht, so muß allerdings ein selbständiger Rechtsakt des Erben erfolgen, sobald ihm die Notwendigkeit der Rechtsmacherweiterung bekannt wird.

Die dem Erben in jedem Falle bleibende Entscheidungsbefugnis, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, erweist, daß keine Rede davon sein kann, der Erbe sei "unfreiwillig der Entscheidungsgewalt eines anderen unterworfen"³⁾.

1) Ahlborn S.81.

2) Donner aaO S.146; Weiler aaO S.296; Schwerdtfeger S.60; Ahlborn S. 80-81.

3) Siebert, Festschr.aaO, der die Bedeutung der Annahmehandlung offensichtlich übersieht, (wie Siebert auch Richardi S.50; wie hier Schwerdtfeger S.60; Ahlborn S.81-82; Einmahl aaO S.38).

- e) Somit liegt ein unzumutbarer Eingriff in die Freiheit des Erben durch eine unzulässige Ausdehnung der Rechtsmacht des TV seitens des Erblassers weder direkt noch als Umgehung vor¹⁾. Vielmehr kann der Erblasser gar nicht anders verfügen, will er sein berechtigtes Interesse an der weiteren Existenz und Fortführung seines Geschäftes sichern. Wenn das Gesetz nur die Möglichkeit unbeschränkter Haftung für den Weiterbetrieb eines Handelsgeschäftes eröffnet, kann die Anweisung des Erblassers an den Erben, diese unbeschränkte Haftung auch weiterhin sicher zu stellen, nicht dem Erben unzumutbar sein. Unterliegt die Fortführung des Geschäftes der TVg, so beruht die sich auf das persönliche Erbenvermögen beziehende Legitimation des TV ausschließlich auf einem Willensakt des Erben²⁾, der durch eine rechtlich unbedenkliche Anordnung des Erblassers veranlaßt werden kann.
- f) Aus den angestellten Überlegungen folgt, daß § 138_I BGB der Wirksamkeit der Auflage oder Bedingung nur ganz ausnahmsweise entgegenstehen kann³⁾.
- g) Festzuhalten bleibt also, daß der Erblasser die Möglichkeit hat, letztwillig die mittelbare TVg anzuordnen, d.h. in rechtlich bedenkenfreier Weise seine Zuwendung mit der Bestimmung zu verbinden, daß der Erbe für die bisherigen sowie für die entstehenden Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt und unbeschränkbar haften soll. Je nachdem, ob diese vom Erblasser angeordnete mittelbare TVg im Wege der Vollmacht- oder Treuhandlösung durchgeführt wird, haftet der Erbe entweder bereits im Außenverhältnis oder aber mittelbar als Folge des unbegrenzten Regressanspruches unbeschränkbar mit seinem ganzen Vermögen⁴⁾.

1) Vgl.dazu S.53 A.3, sowie Weiler aaO S.296; Holch aaO, S.295; Donner aaO.

2) Wird die Rechtsmacht des TV in diesem Sinne durch den Erben erweitert, so kann nicht davon gesprochen werden, die treuhänderische Fortführung sei eine - ins Innenverhältnis verlagerte - unzulässige Erweiterung der Rechtsmacht des TV, wie Weiler (aaO, S.295 A.38) annimmt.

3) OLG München JFG 14,428 (Zif.3); Hamann S.56; vgl. Schwerdtfeger S.61 ff.

4) Ähnlich Schwerdtfeger S.75.

- B. Diese festgestellte Möglichkeit, daß der Erblasser die mittelbare TVg wirksam anordnen kann, besagt jedoch noch nichts darüber, ob der Erblasser im konkreten Falle davon auch Gebrauch gemacht hat¹⁾.
- I. Die h.M. gibt sich mit der insoweit zu = treffenden Feststellung zufrieden, daß der Erblasser ausdrücklich oder sinngemäß sein Handelsgeschäft einer TVg unterstellt hat. Diese Anordnung des Erblassers führt sie zwar im Wege der mittelbaren TVg durch, stellt aber bisher so gut wie keine²⁾ Untersuchungen darüber an, ob die Verfügung von Todes wegen auch den für eine mittelbare TVg erforderlichen Erblasserwillen enthält, d.h. ob der zur Durchführung der Anordnung des Erblassers entwicelte Weg der mittelbaren TVg überhaupt durch den in der Erklärung ausgedrückten Willen gedeckt wird³⁾. Offensichtlich nimmt die h.M. es als selbstverständlich und unbedenklich hin, daß die letztwillige Verfügung des Erblassers auch auf diese Weise realisiert werden kann.
1. So läßt sich verschiedentlich⁴⁾ aus einzelnen Bemerkungen und Formulierungen der h.M. ableiten, daß sie ihr Ergebnis anscheinend im Wege der Auslegung gewinnt und begründet⁵⁾. Dabei scheint sie der Überzeugung zu sein, daß diese Ersatzform der TVg ohne weiteres und, aus der Anordnung des Erblassers heraus, gleichsam von selbst berechtigt ist, Anders ist es kaum zu erklären,

1) Vgl. die Fragestellung a.A. dieses Kapitels (s.S.47).

2) Das Ergebnis der h.M. wird, soweit von Auslegung überhaupt die Rede ist, regelmäßig allein mit der Feststellung begründet, daß die mittelbare TVg "dem Willen des Erblassers am nächsten" komme (Mains DFG 39,191,192; vgl. KG JW 39,104; Möhring-Selzam S.212; Schmitz-Valckenberg S.103).

3) Zutreffend weist Baur (S.270) nachdrücklich auf diesen grundlegenden Mangel in Konstruktion und Begründung der h.M. hin (vgl. Christopeit S.88).

4) Vgl. A.2.

5) Vgl. die vom KG (JW 39,104) aufgestellte Auslegungsregel: "Also wird die Verfügung regelmäßig dahin zu verstehen sein, daß der Ernante befugt sein soll, das Geschäft als treuhänderischer Inhaber für Rechnung der Erben zu betreiben".

daß die h.M. in dieser Hinsicht bisher nahezu jede Begründung und Entwicklung ihre Auffassung vermissen läßt.

2. Indessen ist der von der h.M. beschrittene Weg keineswegs ohne weiteres selbstverständlich, zumal die Rechtswirksamkeit der vom Erblasser getroffenen Anordnung als solcher bisher so gut wie ungeklärt ist. Vielmehr zeigen die unterschiedlichen Formulierungen, die zur Beschreibung der sich aus der angeordneten TVg zu nächst ergebenden rechtlichen Situation verwendet werden, daß die h.M. im Grunde durchaus nicht sicher ist, welche rechtliche Qualität der getroffenen Verfügung bis zu dem Augenblick zukommt, in dem sich die mittelbare TVg als notwendig herausstellt und der TV auf diesem Weg seine Verwaltungstätigkeit ausübt.

- a) Der durch die Anordnung des Erblassers zu nächst - bevor also die mittelbare TVg als Ausweg eingreift - eingetretene Rechtszustand und damit die rechtliche Qualifikation der angeordneten TVg werden u.a. wie folgt gekennzeichnet: Die Fortführung des Geschäftes durch den TV gemäß § 2197 ff BGB ist "nicht möglich"¹⁾, "undurchführbar"²⁾, "nicht zulässig"³⁾, "aus Rechtsgründen unmöglich"⁴⁾, "ausgeschlossen"⁵⁾, "unzulässig"⁶⁾, "mit den Anforderungen der Verkehrssicherheit nicht vereinbar"⁷⁾; dieser Weg ist "nicht gangbar"⁸⁾; der TV "kann nicht fortführen"⁹⁾; die TVg "kann nicht angeordnet

1) Würdinger § 27 A.26 a.E.

2) Siebert S.330; Ahlborn S.53-55; Hamann S.7.

3) KG JW 37,2599; 39,104; Schlegelberger-Hildebrandt § 22 A.8.

4) BGH 24,112.

5) Holch aaO S.291.

6) RGR-K § 2205 A.6.

7) Flechtheim § 105 A.18 (S.545 oben).

8) Hueck ZHR 108,31.

9) Staud.-Dittmann § 2205 A.56; Vorb.65 zu § 2197; Kipp-Coing S.289.

werden" ¹⁾ usw. ²⁾.

- b. Es fällt auf, daß diese Formulierungen mehr oder weniger auf Umschreibungen hinauslaufen, während gleichzeitig eine klare Stellungnahme zu der Frage, ob die Anordnung der TVg nun eigentlich wirksam ist oder nicht, auf diese Weise vermieden wird ³⁾.

Aber nur dadurch, daß eine Subsumtion unter die gesetzlichen Tatbestände und Begriffe vorgenommen wird, kann das rechtliche Schicksal der Anordnung des Erblassers zweifelsfrei konstruiert werden.

- c. Steht die Anordnung der direkten TVg über ein Handelsgeschäft dem handelsrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Haftung unvereinbar gegenüber, können also nicht gleichzeitig und nebeneinander sowohl die Fortführung des Geschäftes als auch die TVg i.S. von § 2197 ff BGB realisiert werden, so ist die Anordnung des Erblassers zunächst tatsächlich "undurchführbar" und - zumindest schwebend - "unwirksam". Denn die TVg wird nach h.M. erst durchführbar und wirksam, wenn es zur mittelbaren TVg kommt.

Weil aber von der h.M. der letzte Schritt in der Beurteilung der rechtlichen Wirkung dieser Anordnung nicht getan wird, indem sie eine Einordnung dieser undurchführbaren Bestimmung des Erblassers in das gesetzlich vorgegebene System der - wirksamen, anfechtbaren, schwebend oder endgültig unwirksam, nichtigen - Willenserklärungen nicht

1) Bondi JW 31, 3074.

2) Vgl. ferner BGH 12, 112 RG 132, 144-145; Barz aaO S. 45; Donner aaO S. 143, II; Vogels aaO; Christopeit S. 85-86.

3) Unklar insoweit Nolte (S. 495), der einerseits die Anordnung der TVg unter Berufung auf eine angeblich h.L. für "wirksam" hält und sich für diese Feststellung auf RG 132, 138 (144) beruft (Nolte aaO u. A. 18), andererseits aber unmittelbar darauf ausführt, "daß die TVg nicht zulässig sei" (aaO und A. 19), wobei er sich ebenfalls auf die obige Entscheidung des RG bezieht. - Eine "nicht zulässige" Rechtsgestaltung kann jedoch begrifflich nicht "wirksam" angeordnet werden.

vornimmt, verspermt sie zugleich und zwangsläufig die Möglichkeit, für die undurchführbare Anordnung der TVg eine klare und dogmatisch unbedenkliche Ersatzform zu entwickeln.

3. Das Gesetz gebietet, daß eine Willenserklärung, die in irgendeiner Weise Zweifeln unterliegt, ausgelegt (§§ 133, 2084 BGB), angefochten (§§ 119, 2079 BGB) oder umgedeutet wird (§§ 140, 2085 BGB). Diese Wege sind als Möglichkeiten, einer irgendwie zweifelhaften Willenserklärung zum entsprechenden rechtlichen Erfolg zu verhelfen, ihrem Wesen nach von einer möglichst umfassenden und genauen Auslegung¹⁾ der zu Grunde liegenden Willenserklärung abhängig²⁾.
4. Statt nun aus der Tatsache der Undurchführbarkeit dieser Anordnung die einzig mögliche Konsequenz zu ziehen und im Wege der Auslegung genauestens den erklärten Willen des Erblassers zu ermitteln, hilft sich die h.M. für die Begründung der Richtigkeit ihrer mittelbaren TVg mit Argumenten der Zweckmäßigkeit, des Verkehrsbedürfnisses und besonderer handelsrechtlicher Erfordernisse³⁾.
5. Die Erklärung für dieses Vorgehen der h.M. ist allein darin zu finden, daß sie, nachdem die Undurchführbarkeit der direkten TVg einmal festgestellt war, einen Ausweg entwickelte, der entscheidend auf die Wahrung der zum ausschlaggebenden Postulat erhobenen

1) Vgl. Gosack (S.239), wonach § 140 BGB den gleichen Regeln wie § 133 BGB unterliegt, da sich beide Bestimmungen mit der Ermittlung des wirklichen Willens befassen.

2) So ausdrücklich auch Mains DFG 39,191 (am Anf.).

3) Vgl. statt aller die grundlegende Entscheidung des RG in Bd.132,138. Eine neue oder zusätzliche Begründung ist bisher auch nicht andeutungsweise entwickelt worden, vielmehr wird stets nur die h.M. inhaltlich bestätigt (vgl. z.B. BGH 24,106; 12,100; KG NJW 59,1086; Staud.-Dittmann § 2205 A.56; Vorb. 65 zu § 2197; Siebert S.330; ferner oben S.2 Anm.4 und 5).

Bedürfnisse des Handelsverkehrs¹⁾ abgestellt war. So wird der h.M. auch vereinzelt²⁾ mit Recht vorgeworfen, daß sie in dieser Frage den handelsrechtlichen Vorschriften einen ungerechtfertigten Vorrang einräume, dessen Notwendigkeit nicht hinreichend untersucht und nachgewiesen sei²⁾.

II. Auch aus anderen Gründen sollte für die h.M. die Auslegung als entscheidende Begründungsmöglichkeit nahe liegen.

1. Einmal ist die Auslegung grundsätzlich bei jeder Willenserklärung, die nach ihrem erklärten Wort = laut zunächst nicht realisiert werden kann, notwendig und allein geeignet, an Hand dieses Erklärungswortlaut = tes den wirklichen und in der Formulierung zum Ausdruck gekommenen Willen des Erklärenden zu ermitteln und in derjenigen Rechtsform zu verwirklichen, die dem so entwickelten Willen am besten entspricht.
2. Zum anderen berührt ein Teil der h.M. in seinen Ausführungen die Frage der Auslegung mehr oder weniger schon selbst³⁾. Um so verwunderlicher ist es, wenn trotzdem keine umfassende Auslegung vorgenommen⁴⁾ und am Ergebnis derselben die Ersatzformen der mittel = baren TVg überprüft und ausgerichtet werden. Wenn die Entscheidung, ob im konkreten Fall die Voll = macht- oder die Treuhandlösung Anwendung finden soll, "in erster Linie"⁵⁾ von den "Anordnungen des Erblassers"⁶⁾

1) Dazu kritisch Schlicht NJW 54,985; Buchwald aaO S.33; Michaelis aaO S.234 (a.E.); vgl. auch Petersen JZ 60, 211.

2) Siehe Anm.1.

3) BGH 12,104; Weiler aaO S.298; Hamann S.79; vgl. ferner S.55 Anm.2.

4) Möhring-Selzam (212) weisen zwar richtig darauf hin, daß in den Entscheidungen (BGH 12,100; RG 170,392; 172,199) vorausgesetzt wird, daß die letztwillige Verfügung ergibt, der TV solle in den persönlichen Bereich des Erben auch tatsächlich einwirken können. Ob jedoch die letztwillige Verfügung diese Voraussetzung wirklich erfüllt, wird auch hier nicht geprüft.

5) BGH 12,104.

6) BGH aaO.

abhängig sein soll, weil sich der Erblasser durch Abwägung der Vor- und Nachteile "zwischen beiden Möglichkeiten zu entscheiden"¹⁾ habe, so ist doch Voraussetzung, daß der Erblasser überhaupt eine Entscheidung dieser Frage getroffen und diese in seiner Anordnung tatsächlich einen Niederschlag gefunden hat.

Mangels einer diesbezüglichen Anordnung des Erblassers soll nach BGH²⁾ das "pflichtmäßige Ermessen"²⁾ des TV für die Wahl zwischen den beiden Rechtsgestaltungen der mittelbaren TVg ausschlaggebend sein. Auch hierfür besteht die unerläßliche Voraussetzung jedoch darin, daß der Erblasser die mittelbare TVg in seine letztwillige Verfügung aufgenommen hat, damit der TV zwischen ihren beiden Lösungswegen überhaupt auswählen kann.

Wenn Hamann³⁾, Weiler⁴⁾ u.a. sich für die Berechtigung der mittelbaren TVg damit zufrieden geben, daß dem "klaren" Willen des Erblassers nicht "lediglich dogmatische Erwägungen"⁴⁾ entgegenstehen sollen, und daß die Anordnung der TVg anderenfalls ja "sinnlos"³⁾ sei, so liegt darin weniger eine rechtliche Begründung als vielmehr eine "petitio principii", indem ein erwünschtes und praktikables Ergebnis zur rechtlichen Begründung desselben verwandt wird.

Schließlich besteht im vorliegenden Falle der undurchführbare TVg über ein Handelsgeschäft zu einer sorgfältigen Konstruktion einer Ersatzform, die sich auf eine gründliche Untersuchung des in der Anordnung niedergelegten Willens stützt, noch besondere Veranlassung.

Diese ergibt sich aus einer kurzen Gegenüberstellung von direkter TVg einerseits und mittelbarer TVg andererseits. Die mittelbare TVg bedeutet sowohl für den Erben als auch für den Erblasser eine erhebliche Steigerung und Ausdehnung der mit einer gesetzlichen TVg nach § 2197 ff BGB

1) Hamann S.79.

2) BGH aaO.

3) S.66.

4) aaO S.296.

ansonsten verbundenen Wirkungen. Dem TV muß eine umfassende und unbeschränkte Verpflichtungsbefugnis für das gesamte Erbenvermögen eingeräumt werden. Bereits die gesetzliche TVg nach § 2197 ff BGB stellt für den Erben insofern eine "aufgezwungene" treuhänderische Verwaltung dar, als er weder die Verwaltung von sich aus herbeiführt, noch die Person selbst bestimmen kann, die für ihn weitgehend mit ähnlicher Wirkung wie ein Vertreter gemäß § 164 BGB tätig wird. Vor allem diesem Umstand trägt die gesetzliche Regelung in § 2197 ff BGB Rechnung, wenn sie dem TV lediglich die Möglichkeit einräumt, gleichsam als "tote Hand des Erblassers"¹⁾ unbeschränkt nur den Nachlaß verpflichten zu können, also dem Erben das Recht einräumt, sein persönliches Vermögen der Interessenwahrnehmung des Erblassers durch den TV vorzuenthalten.

Diese gesetzliche Wertung und Abgrenzung der Belange des Erben gegenüber den Interessen des Erblassers wird durch die mittelbare TVg deutlich verschoben, indem auch das private Erbenvermögen - wenn auch durch Mitwirkung des Erben - nunmehr dieser Verwaltung durch den TV unterstellt wird. Damit wird dem Erblasser bzw. dem TV als dem Wahrnehmer seiner Interessen eine unbeschränkte Einwirkungsmöglichkeit auf eine Vermögensmasse eingeräumt, die dem Erblasser zu seinen Lebzeiten niemals zustand und zustehen konnte. Dem entspricht zwangsläufig, daß das mit jeder erbrechtlichen Zuwendung verbundene Ausschlagungsrisiko in gleicher Weise wächst, wie die gesetzlichen Befugnisse des TV sich im Wege der mittelbaren TVg, für den Erben unabwendbar, auf das persönliche Erbenvermögen ausdehnen²⁾.

1) Boehmer, Grundlagen, S.80;
Nolte S.493; Christopeit S.26-27.

2) Diese Feststellungen widerlegen die Behauptung, wonach die mittelbare TVg für den Erben keine anderen Wirkungen als die direkte TVg habe, sondern sich nur auf den TV insofern auswirken, als er bei der Treuhandlösung persönlich hafte (KG JW 39,104; Holch aaO S.292).

C. Diese Verschärfung der Wirkungen der angeordneten Verwaltung sowie die erhöhte Gefahr einer Ausschlagung durch den Erben sind begründeter Anlaß, die Anordnung des Erblassers genauestens darauf zu untersuchen, ob das in ihr erklärte Interesse an einer Verwaltung des Geschäftes durch einen Dritten auch die durch die mittelbare TVg gesteigerte und intensiviertere Verwaltung mit ihrer umfassenden haftungs- und vermögensrechtlichen Auswirkung deckt.

I. Was nun die erforderliche Auslegung dieser letztwilligen Verfügung anbetrifft, so ist vorab festzuhalten, daß diese Anordnung insich, d.h. nach ihrem Wortlaut und Sinn, nicht zweifelhaft ist¹⁾: Sie enthält - entweder durch die ausdrückliche Verwendung der Begriffe "TV", "TVg" oder durch die sinngemäße Beschreibung einer TVg - die Bestimmung, daß bis zum Eintritt eines gewissen Ereignisses oder innerhalb einer festgesetzten Zeit das Handelsgeschäft nicht durch den Erben, sondern durch einen Dritten fortgeführt werden soll. Wäre diese inhaltlich eindeutige Anordnung rechtlich ohne weiteres durchzuführen, so würden Zweifel an der Erklärung des Erblassers gar nicht auftauchen.

1. So geht auch die h.M. ersichtlich davon aus²⁾, daß die Erklärung des Erblassers ausdrücklich oder sinngemäß die Anordnung einer TVg enthält, daß aber diese Anordnung nicht in der beabsichtigten Weise durchgesetzt werden kann.

2. Bedenken - und damit die Notwendigkeit einer Auslegung - entstehen erst in dem Augenblick, wo sich die rechtliche Undurchführbarkeit der angeordneten TVg herausstellt. Diese nunmehr entstehenden Zweifel beruhen also nicht auf der Erklärung als solcher, sondern ausschließlich auf dem Umstand, daß die TVg gerade über ein Handelsgeschäft angeordnet wird und durch die Geschäftsfortführung des TV eine Kollision zwischen der mit der

1) Leopold S.188 (mit zutr.Beispielen).

2) Auf dieser Grundlage kann die h.M. die mittelbare TVg überhaupt erst aufbauen; vgl.dazu S.1-4 (S.2 A.4 und 5).

TVg verbundenen Haftungsbeschränkbarkeit und dem handelsrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Haftung eintritt.

3. Nun ist allerdings nicht zu verkennen, daß grundsätzlich weniger der benutzte Rechtsbegriff als der zugrunde liegende Parteiwille für die mit einer Erklä = rung wirklich erstrebte Rechtswirkung entscheidend ist. Dies muß insbesondere auch für die dem - mehr oder weniger - Rechtsunkundigen ungebräuchlichen Rechtsbegriffe des Erbrechtes gelten. Jedoch ist andererseits entscheidend zu berücksichtigen, daß grundsätzlich jeder Erklä = rung eine wesentliche "indizielle" Wirkung¹⁾ zukommt.

4. Einer Auslegung bieten sich in der Erklä = rung des Erblassers zwei Anhaltspunkte: Wenn der Erblas = ser wörtlich oder sinngemäß eine "Verwaltungs-TVg" (§ 2209 BGB) anordnet, so enthält diese Erklärung sowohl eine TVg als auch eine Verwaltung i.S.einer Fortführung.

a) Soll sich die Berechtigung der mittelbaren TVg im Wege der Auslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers ergeben, so muß folgerichtig entweder aus der angeordneten "Fortführung" oder aus der erklärten "TVg" die von der h.M.entwickelte Ersatzform abgeleitet werden können. Denn jede Auslegung ist nach ganz allg.Meinung²⁾

1) Darauf wird noch eingehend zurückzukommen sein.
(siehe unten S.70 ff).

2) BGH 26,204 (210);25,319;24,169; BGH LM Nr.1 zu § 2100; LM zu § 133,C 11; BAG,BB 57,931 (F); RG 165,198; RG 160,109 (=DR 39,936); 155,133;154,190;152,169;150,155; 131,350;123,317;80,403;73,90;68,128;67,433; HRR 32, 1055; JW 37,217; JW 35,419; JW 18,172 (Nr.)=Recht 1918 Nr.192; RG warnR 1918 Nr.123=Recht 1918 Nr.392; OGH MDR 50,669; KG OLG 21,321=KGJ 39 Anm.61; OLG 16,75; 26,309; Bay.ObLG 21,328=OLG 42,144; OLG Darmstadt OLG 16,76; Mot.V S.43; Staud.-Coing S.133 A.24; Staud.-Seybold § 2084 Vorb.11; RGR-K § 2084 A.9;§133 A.12; Soergel-Siebert § 2084 A.4;§ 133 A.8;§ 157 A.4; Er = man § 133 A.3,4;§ 2084 A.1; Kipp-Coing S.97; Lange S.351; Siller AcP 138,145; Schiedermaier DR 39,937; Herzfelder Anm.zu RG JW 1918,172 Nr.8; Kemmer DJ 40, 1183 (1184); Larenz Ausl.S.9,80; Müller-Erzbach DJ 37, 1657 (1661); Leonhard AcP 120,14 (15,53-55); Manigk,Irrtum S.83; derselbe,Willenserklärung S.154; derselbe JW 30,2193 (2195, Sp.1 oben).

davon abhängig, daß der durch die Auslegung gewonnene Erklärungssinn in dem Wortlaut der Erklärung zumindest unvollkommen ausgedrückt worden sein muß. Dabei spielt es hier keine Rolle, ob für die Auslegung grundsätzlich von einer "subjektiven" oder einer "objektiven" Methode¹⁾ auszugehen ist. Entscheidend ist immer der Wortlaut der Erklärung, dessen Sinn dem Erklärenden entweder "zugerechnet" wird (objektive Auslegungsmethode), oder der darin erkennbar zum Ausdruck gekommene "wirkliche Wille"²⁾ (subjektive Auslegungsmethode). Begrifflich kann nur "ausgelegt", also erforscht, gedeutet und entwickelt werden, was bei Abgabe der Erklärung vom Willen des Erklärenden wenigstens auch umfaßt worden ist³⁾.

Im Recht der letztwilligen Verfügung ergibt sich überdies die Notwendigkeit, daß die Auslegung einen tatsächlichen Anhaltspunkt im Erklärungswortlaut findet, zusätzlich noch aus dem gesetzlichen Formzwang⁴⁾.

- b) Nur ganz ausnahmsweise kann im Wege der Auslegung ein Wille, den der Erklärende nicht gehabt und erklärt hat, Berücksichtigung finden. Die Beachtlichkeit eines derartigen "hypothetischen" Willens setzt jedoch voraus, daß nach Abgabe der Erklärung eine wesentliche Änderung in den zu Grunde liegenden Umständen eintritt, die Inhalt und Bedeutung der Erklärung angesichts der veränderten Sachlage in Frage stellt⁵⁾. Nur bei einer später veränderten Sachlage kann ein Wille, den der Erklärende nicht hatte und nicht haben konnte, von rechtlicher Bedeutung sein, wobei die Grenze zwischen dieser sogenannten

1) Vgl.dazu eingehend Larenz aaO; Manigk JW 30,2195.

2) Vgl.zum Ganzen insbesondere Manigk aaO.

3) Leopold S.102; Möhring-Selzam S.212.

4) Kipp-Coing S.95 A.2; Lange S.357.

5) RG 134,280; 99,85; DJZ 1918,125; Kipp-Coing S.97 (und A.8); Kemmer aaO; a.A.Foer (AcP 153,492,531-532), der grundsätzlich für die Berücksichtigung eines späteren Willens des Erblassers eintritt, was jedoch in dieser Allgemeinheit schon wegen des gesetzlichen Formzwanges für letztwillige Erklärungen nicht richtig sein kann (ähnlich Kipp-Coing aaO).

"ergänzenden" Auslegung und der Konversion, die auf einer ähnlichen Willensfiktion aufbaut, nicht mehr klar gezogen werden kann¹⁾.

Diese Möglichkeit der "ergänzenden" Auslegung kommt hier jedoch mangels einer Veränderung der tatsächlichen und der Erklärung zu Grunde liegenden Umstände nicht in Betracht.

- c) Mithin bleibt es bei dem grundsätzlichen Erfordernis, daß die Auslegung auch im Falle der Anordnung einer TVg über ein Handelsgeschäft einen tatsächlichen Anhaltspunkt in der Erklärung des Erblassers finden muß, die die mittelbare TVg ermöglicht.

5. Was den Bestandteil "TVg" in dem Begriff Verwaltungs-TVg betrifft, so kann dieser grundsätzlich nur dahin verstanden werden, daß die hauptsächlichen und typischen Wirkungen der TVg Anwendung finden sollen. Der wesentliche und eine TVg charakterisierende Inhalt ist Gegenstand der Anordnung des Erblassers. Daß der Erblasser die entscheidenden Rechtswirkungen einer TVg eintreten lassen will und in seine Verfügung aufgenommen hat, ergibt sich im übrigen auch aus dem Umstand, daß, wie ausgeführt wurde, niemand die Anordnung des Erblassers in einer anderen Bedeutung verstehen würde, wenn der Durchführung derselben nicht rechtliche Hindernisse entgegen stünden.

- a) Der wesentliche Inhalt und die entscheidende Bedeutung einer TVg liegen in der vorübergehenden Verselbständigung und möglichen Absonderung des Nachlasses²⁾, also darin, daß eine "separatio bonorum" mit der Folge herbeigeführt werden kann, daß eine scharfe Trennung beider Vermögensmassen eintritt. Das private Erbenvermögen und der Nachlaß sollen gegebenenfalls getrennt und selbständig behandelt werden können. Die

1) Zum Ganzen besonders Siller aaO S.148; ferner BGH 19,269 (273); Enn.-Nipp.S.12,2; Kemmer aaO S.11,83.

2) So deutlich Schmitz-Valckenberg S.71

Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis steht schließlich dem TV zu.

Damit ist dem Erblasser durch das Institut des TVg eine weitreichende Möglichkeit gegeben, über seinen Tod hinaus auf sein Vermögen entscheidenden Einfluß zu nehmen und dieses Vermögen weiterhin der Wahrnehmung und Durchsetzung eigener Interessen nutzbar zu machen. Diese Interessen¹⁾, die den Erblasser zur Einsetzung eines TV veranlassen, können verschiedenen Ursprungs sein²⁾. Regelmäßig liegt der Beweggrund für die Anordnung einer TVg in der Minderjährigkeit oder geschäftlichen Unerfahrenheit bzw. Unge= wandtheit des Erben³⁾. Die Gründe für die Anordnung der TVg können, wenn auch vielleicht weniger häufig, ferner in ganz persönlichen oder vorwiegend geschäftsbedingten Interessen des Erblassers liegen, die gegebenenfalls auch gegen den Willen des Erben verwirklicht werden sol= len. In diesem Sinne kann durchaus festgestellt werden, daß diese letztere Anordnung der TVg überwiegend auf "egoistischen" Beweggründen des Erblassers beruht, wäh= rend bei der ersteren Gruppe mehr die Schutz- und Siche= rungsbedürfnisse des Erben, also "altruistische" Inte= ressen des Erblassers zu Grunde liegen. In der Praxis werden häufig Mischformen zwischen beiden Interessen auf= treten.

Welche Absichten den Erblasser im Einzelfall auch zur Einsetzung eines TV veranlassen mögen, immer steht und fällt die tatsächliche Wirkung und der erstrebte Erfolg dieser Anordnung mit den Sicherungswirkungen der TVg, durch die trotz des Todes des Erblassers dessen Einfluß= nahme auf "sein" Vermögen gewährleistet werden soll. In diesem Zusammenhang wird anschaulich auch von der "toten Hand"⁴⁾ des Erblassers gesprochen, durch die er nahezu

1) Vgl.dazu Hueck DNotZ 52,550; Küster DNotZ 56,460; Schwerdtfeger S.17.

2) Vgl.Baur S.249.

3) Vgl.Schwerdtfeger S.17-18.

4) Nolte S.493; Boehmer,Grundlagen S.80; vgl.auch Christopheit S.26-27.

eine vollkommene Vermögensfürsorge über seinen Tod hinaus sicherstellen könne¹⁾. Diese Sicherungswirkungen der TVg bestehen nach § 2197 ff BGB vor allem darin, daß eine Verfügungsbeschränkung des Erben in Bezug auf den Nachlaß eintritt und dieser Nachlaß dem Erbenvermögen noch nicht endgültig zugeordnet wird, sondern weiterhin eine gewissermaßen "latente" Eigenständigkeit bewahrt, die durch den Eintritt der Vermögenssonderung zu einer rechtlichen und tatsächlichen Abtrennung führen kann. Die wesentlichsten und einschneidendsten Sicherungswirkungen der TVg, nämlich die Verfügungsbeschränkung des Erben, die entsprechende nachlaßbezogene Befugnis des TV²⁾ und die Möglichkeit der Abtrennung des Nachlasses vom Erbenvermögen garantieren die Wahrung und Verwirklichung der Interessen, die der Anordnung der TVg im Einzelfall zu Grunde liegen.

- b) Der Bestandteil "Verwaltung" in der Anordnung der "Verwaltungs-TVg" bedeutet zunächst nur, daß die TVg über einen längeren Zeitraum hinweg durchgeführt werden soll. Im Falle eines Handelsgeschäftes ist daraus der Wille des Erblassers zu entnehmen, daß das Unternehmen durch den TV weitergeführt werden soll. Diese Anordnung der Geschäftsfortführung bietet folglich den einzigen Anhaltspunkt in der Erklärung des Erblassers für die Annahme der h.M., daß diese Fortführung auch im Wege der mittelbaren TVg stattfinden könne. Zuzugeben ist, daß aus der angeordneten Fortführung, für sich allein betrachtet, durchaus entnommen werden kann, daß die Rechtsform für diese Fortführung dem Erblasser grundsätzlich unwichtig ist, daß es ihm also nur auf die Tatsache der Fremdverwaltung und Weiterführung des Geschäftes, nicht

1) Siehe S.66 Anm.4.

2) In diesem Zusammenhang interessiert nur die "zwingende" Rechtsmacht des TV, nicht aber, daß er auch beschränkbare Nachlaßerbenschulden (§ 1967 BGB) begründet, siehe dazu oben S.34 ff.

aber auf die Möglichkeit der Vermögenstrennung und Haftungsbeschränkung ankommt.

- c) Dabei übersieht die h.M. jedoch völlig, daß der Erblasser nicht eine beliebige Fremdverwaltung angeordnet hat, sondern daß er die Geschäftsfortführung mit der Maßgabe verfügt hat, daß die Fortführung im Wege einer TVg stattfinden soll¹⁾. Stellt man, wie es die h.M. tut, allein auf die gewollte Weiterführung ab, so bleibt derjenige Teil der letztwilligen Erklärung des Erblassers gänzlich unberücksichtigt, aus dem sich eindeutig ergibt, daß die Fortführung gerade nicht unter allen Umständen und in jeder beliebigen Rechtsform, sondern in der modifizierten Form einer TVg realisiert werden soll²⁾.

Der Erblasser kann sein Interesse an einer möglichst sicheren und beständigen Vermögenszuwendung an den Erben oder an der Durchsetzung eigener bzw. geschäftlicher Interessen gar nicht deutlicher und eindringlicher dokumentieren als durch Anordnung einer TVg mit ihren umfassenden Schutz- und Sicherungswirkungen. Dieses Interesse des Erblassers, das in seiner Anordnung zumindest gleichrangig neben demjenigen an der Fortführung seines Geschäftes steht, bleibt in der mittelbaren TVg der h.M. ohne jede Auswirkung.

- d) Nun beruft sich die h.M. darauf, daß es dem Erblasser nur auf die Tatsache der Fortführung angekommen sei, daß er sich aber über die näheren Umstände derselben keine Gedanken gemacht habe, weshalb auch eine Fortführung im Wege der mittelbaren TVg seinem Willen entspreche.

-
- 1) Darauf wird mit Recht nachdrücklich hingewiesen von Christopeit (S.88) und Schmitz-Valckenberg (S.80).
- 2) Dem entspricht es, wenn Mains (aaO S.192) feststellt, daß die mittelbare TVg "zunächst ... über das vom Erblasser Gewollte hinausgeht" (ähnl. Schmitz-Valckenberg S.103). Bemerkenswert ist, daß Mains trotz dieser Feststellung nicht zögert, einen Teil der Erklärung des Erblassers, nämlich die TVg, unberücksichtigt zu lassen, hinsichtl. des anderen Teils - Geschäftsfortführung - indessen über das Gewollte und damit über die Erklärung des Erblassers "hinausgehen".

Diese Auslegung und Interessenbewertung ist einseitig und mehr als bedenklich. Richtig ist zwar, daß dem Erblasser die Zulässigkeit und Durchführbarkeit der über sein Handelsgeschäft angeordneten TVg selbstverständlich war¹⁾, da er anderenfalls nicht in dieser Weise verfügt hätte. An die eventuelle Notwendigkeit einer mittelbaren TVg hat er also sicherlich nicht gedacht²⁾. Das heißt aber weder, daß diese Form der Durchführung seiner Anordnung seinem Willen entspricht, noch kann daraus eine Berechtigung hergeleitet werden, die Wirkungen der TVg einfach mit dem Hinweis auf die Verkehrsbedürfnisse des Handelsrechtes in Wegfall zu bringen. Denn dadurch wird aus der Anordnung des Erblassers nur die - allerdings auch gewollte - Fortführung durch einen Dritten herausgelöst, nicht aber die üblichen und zu erwartenden Wirkungen der angeordneten Fremdverwaltung herbeigeführt. Dieser Wille, der auch eine mittelbare TVg umfaßt, muß = te vielmehr aus irgendwelchen Umständen innerhalb oder im Zusammenhang mit der Erklärung durch Auslegung ermittelt und nachgewiesen³⁾ werden, d.h. es müßte von der h.M. im Wege der Auslegung nachgewiesen werden, daß dem Erblasser zumindest für den Regelfall die Wirkungen der TVg gleichgültig sind. Derartige Bemühungen müssen je = doch ohne Erfolg bleiben, da nur ganz ausnahmsweise ein Erblasserwille feststellbar sein wird, nachdem es dem Erblasser nur auf die Geschäftsführung durch einen Dritten, unabhängig von der Möglichkeit der Vermögenssonderung und Haftungsbeschränkung, ankam. Damit zeigt sich, daß die mittelbare TVg jedenfalls nicht auf eine Auslegung der Anordnung des Erblassers gestützt werden kann, weil eine Auslegung für den Regelfall nur ergeben kann, daß der Erblasser eine TVg angeordnet hat, wodurch deren typische Sicherungswirkungen herbeigeführt werden

1) So ausdrücklich auch Hamann (S.79), der sich aber trotzdem nicht veranlaßt sieht, die mittelbare TVg auf ihre Vereinbarkeit mit dem erklärten Willen des Erblassers zu überprüfen.

2) Zutreffend Christopheit S.88.

3) Vgl. RGR-K § 2094 Anm.6.

sollen. Grundsätzlich muß nämlich diese letztwillige Verfügung des Erblassers wie jede andere Erklärung in Form und Bedeutung so hingenommen werden, wie sie abgefaßt wurde. Mag ihr Inhalt unpraktisch, schwierig durchführbar oder gar unsinnig sein, so stellt doch die Auslegung keine Möglichkeit dar, Inhalt und Sinn der Erklärung zu verbessern¹⁾. Sonst wird an die Stelle der ursprünglichen eine ganz andere Erklärung gesetzt. Ihre Berechtigung wie ihre Beschränkung erfährt die Auslegung durch den in der Erklärung objektivierten Willen des Erklärenden. Somit muß für die Beurteilung der Erklärung des Erblassers, durch die eine TVg angeordnet wird, davon ausgegangen werden, daß der Erblasser das, was er letztwillig verfügt hat, auch wirklich gewollt und beabsichtigt hat. Diese Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der abgegebenen Erklärung besteht grundsätzlich so lange, wie nicht - aus der Erklärung, ihren Begleitumständen oder sonstigen äußeren Anhaltspunkten - erkennbar wird, daß der Erblasser in Wirklichkeit einen anderen Willen hatte²⁾, z.B. den benutzten Rechtsbegriff "TVg" anders als in der allgemeinen und herkömmlichen Bedeutung verstanden hat. Solange jedoch äußere Umstände die Korrektur der Erklärungsbedeutung nicht nahe legen und notwendig erscheinen lassen, ist an Inhalt und Sinn der abgegebenen Erklärung festzuhalten. Insofern begründet jede Willenserklärung sowie insbesondere auch jeder benutzte Rechtsbegriff eine "indizielle Wirkung"³⁾: die Richtigkeit und Vollständigkeit einer

1) So die ganz einhellige Meinung: RG 155,136-137; 123,317; KG OLG 21,321 (= KGJ 39 A.61); OLG 26, 309; JW 37,217; Bay.OblG 53,195; RGR-Kom. § 2205 A.58; Soergel-Siebert § 157 A.4; § 2084 A.1,4; Leonhard AcP 120,14 (37).

2) Ähnlich bisher offensichtlich nur Christopeit S.88 (oben).

3) Vgl. auch Cosack (S.241), der es bei der Bedeutung des gewählten "Wortes" lassen will, wenn ein abweichender Wille nicht erkennbar ist.

bestimmten Formulierung als Ausdruck des spezifischen Willens dieser Erklärungsperson muß so lange zu Grunde gelegt werden, wie nicht konkrete Anhaltspunkte für die Zweifelhaftigkeit des Erklärungssinnes im Vergleich zur Erklärungsabsicht des Erklärenden festgestellt werden können¹⁾.

Die Richtigkeit dieser Überlegungen ergibt sich auch aus dem Recht der Anfechtung (§ 119 ff BGB). Jeder in rechts= erheblicher Weise kundgegebene Wille kann erst dann seine rechtliche Bedeutung verlieren, wenn eine Willensabsicht zutage tritt, die durch keine Auslegung mehr mit dem ge= wählten Erklärungswortlaut zu vereinbaren ist. Anfecht = barkeit und Auslegungsfähigkeit unterscheiden sich also wesentlich dadurch, daß die Auslegung einem von der her= kömmlichen Erklärungsbedeutung abweichenden Erklärungs = willen so lange zur Geltung verhilft, wie die Absicht noch mit dem gewählten äußeren Erklärungstatbestand ver= einbar ist. Hingegen setzt die Anfechtung erst im Falle der Unvereinbarkeit des Erklärungswillens mit der Bedeu= tung der abgegebenen Erklärung ein. Zwischen diesen bei= den Möglichkeiten, einem abweichenden Erklärungswillen den entsprechenden Einfluß zu verschaffen, besteht jedoch eine grundlegende Gemeinsamkeit: es muß nachgewiesen werden, daß und in welchem Umfang der gewöhnliche Erklä= rungssinn dem Willen des Erklärenden im konkreten Falle nicht entspricht.

Damit zeigt sich, daß die angeordnete TVg, soweit ihre Wirkungen über eine beliebige Fremdverwaltung hinausge= hen, nicht erst, wie der BGH²⁾ meint, beachtlich wird, wenn ein zusätzlicher Anhaltspunkt ein besonderes Inte = resse des Erblassers gerade am Eintritt der Rechtsfolgen einer TVg erkennen läßt. Denn dieses Interesse hat der Erblasser bereits in seiner letztwilligen Anordnung ei = ner TVg zum Ausdruck gebracht. Vielmehr muß die h.M. den

1) Vgl. RGR-K § 133, A.1, 4.

2) Bd. 24, 112.

Nachweis führen, daß es dem Erblasser in Abweichung vom regelmäßigen Wortsinn auf die Wirkungen der TVg nicht, sondern nur auf eine irgendwie geartete Verwaltung und Fortführung ankommt. Nicht die Sicherungswirkungen der TVg - und damit die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung - stellen den eigens durch Auslegung nachzuweisenden Sonderfall dar. Mögen dem Erblasser Bedeutung und Wirkung einer TVg-Anordnung regelmäßig im einzelnen wenig geläufig sein, so sind diese Wirkungen für die verfügte TVg jedoch gerade typisch. Sie entsprechen dem - ausdrücklich oder durch entsprechende Umschreibungen - verwendeten eindeutigen Begriff der TVg. Der Ausnahmefall liegt vielmehr der h.M. zu Grunde: sie muß durch Auslegung nachweisen, daß der Erblasser, vom herkömmlichen Erklärungssinn der TVg abweichend, zumindest auch in seiner letztwilligen Verfügung erklärt hat, daß die TVg erforderlichenfalls auch zur unbeschränkten Haftung führen können soll.

Die h.M. läuft, indem sie den Ausnahmefall zur Regel erhebt, auf eine Verkennung der in der Erklärung niedergelegten Interessen hinaus. Wenn der BGH¹⁾ ausführt, daß "mangels abweichender Anhaltspunkte in der Anordnung der Verwaltungs-TVg zugleich die Auflage des Erblassers an den Erben liegt.....", die mittelbare TVg zu ermöglichen, so enthält diese Formulierung nichts anderes als eine Umkehr der Beweislast insofern, als ein Erbe im Streitfall beweisen soll, daß es dem Erblasser auf Grund ganz besonderer Umstände gerade auf den Eintritt der typischen Rechtsfolgen einer TVg angekommen ist, obwohl sonst grundsätzlich die Berufung auf einen eindeutigen Erklärungswortlaut ausreicht und nicht dessen Richtigkeit, sondern ein damit nicht übereinstimmender anderer Wille eigens bewiesen werden muß. Der gesetzliche Ausgangspunkt für jede Auslegung wird für diesen Fall vollständig aufgegeben: es ist nämlich nicht jede Auslegung statthaft, gegen die aus der Erklärung keine "abweichenden Anhaltspunkte" ersichtlich sind, sondern die Auslegung ist auch

1) aaO.

hier nach wie vor davon abhängig, daß aus dem Wortlaut die Anhaltspunkte für das jeweilige Auslegungsergebnis entnommen werden können.

Es ist schließlich auch kein Grund ersichtlich, warum die inhaltlich zweifelsfreie Anordnung der TVg wegen des vom Erblasser und seinem Willen völlig unabhängigen Umstandes der Undurchführbarkeit der gesetzlichen TVg ihren Sinn und ihre rechtliche Bedeutung verlieren sollte. Zweifelhaft ist allein die Art und Weise, wie dieser letztwillig angeordneten TVg über ein Handelsgeschäft rechtliche Bedeutung und Auswirkung eingeräumt werden kann. Es kann deshalb nur darum gehen, den durch die eindeutige, aber undurchführbare Erklärung des Erblassers erstrebten Erfolg in einer solchen Rechtsform zu verwirklichen, die den Wirkungen der gesetzlichen TVg möglichst nahe kommt¹⁾ und in ähnlicher Weise geeignet ist, die Verfügungsbeschränkung des Erben, die Nachlaßbezogenheit der Tätigkeit des TV und die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung herbeizuführen.

2. Angesichts der fehlerhaften und interessenswidrigen Auslegung²⁾ der Erklärung des Erblassers ist noch zu überlegen, ob die h.M. ihr Ergebnis nicht möglicherweise anders als durch Auslegung zu konstruieren vermag. Zwar legen die von der h.M. teilweise verwendeten Formulierungen, wonach die Anordnung des Erblassers "unwirksam, unmöglich, unzulässig, ausgeschlossen"³⁾ ist, den Schluß nahe,

1) Die Behauptung, die mittelbare TVg komme dem Erblasserwillen "am nächsten" (Mains aaO S.192); Schmitz-Valckenberg S.103; vgl. auch KG JW 39,104), ist jedenfalls so lange nicht schlüssig, wie andere in Frage kommende Rechtsinstitute nicht eingehend daraufhin untersucht werden, ob durch sie der vom Erblasser erstrebte wirtschaftliche Erfolg der TVg nicht besser als durch die mittelbare TVg herbeigeführt werden kann.

2) Soweit auf das Problem der Auslegung überhaupt eingegangen wird; vgl. oben S.54 und 55, und dort Anm.2 auf S.55).

3) Zu diesen Formulierungen vgl. oben S.56 Anm.1-9 und S.57 Anm.1-2.

daß sie ihr Ergebnis - mittelbare TVg - möglicherweise im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB gewinnt¹⁾. Allein, diese Möglichkeit kommt hier deshalb nicht ernsthaft in Betracht, weil nach unbestrittener Auffassung²⁾ eine Umdeutung voraussetzt, daß der betreffende Wille in einer abgeschwächten Form zur Geltung gebracht werden kann, d.h. die Wirkung der Konversion darf auf keinen Fall über den ursprünglich gewollten Erfolg hinausgehen²⁾. Wenn die h.M. aus der "undurchführbaren" TVg mit ihrer Folge der Haftungsbeschränkbarkeit eine mittelbare TVg entwickelt, die zur unbeschränkten Haftung führt, so stellt diese Ersatzform eindeutig insoweit ein unzulässiges "maius" gegenüber der gewollten TVg dar, als die mittelbare TVg nicht nur möglicherweise³⁾, sondern zwangsläufig zur unbeschränkten Haftung des Erben führt. Der über § 140 BGB ermittelte "hypothetische" Wille⁴⁾, der durch den erklärten, wenn auch undurchführbaren Willen in seiner rechtlichen Tragweite begrenzt wird, kann vielmehr ebenfalls nur in einer solchen Rechtsform durchgeführt werden, die zwingende Verbindlichkeiten des TV nur für und gegen den Nachlaß ermöglichst und dem Erben das Recht beläßt, sein persönliches Vermögen der TVg vorzuenthalten. Wenn und soweit für die undurchführbare Anordnung des Erblassers überhaupt eine Rechtsgestaltung gefunden werden kann, die dem wirklichen und in dieser Anordnung der TVg deutlich zum Ausdruck gebrachten Willen zur Geltung verhelfen kann, so muß es sich dabei folgerichtig um ein im Wege der Auslegung erreichtes Ergebnis handeln.

-
- 1) Der in § 140 BGB geforderten Nichtigkeit wird eine endgültige Unwirksamkeit gleichgestellt (statt aller Siller aaO S.161).
 - 2) Einhellige Meinung: BGH 26,329; 19,275; RG 137,176; 121,85; 110,392; RGR-K § 140 A.2; Oertmann § 140 A.2 b Enn.-Nipp.S.1222 (bes.A.66); Siller aaO S.147 und 169.
 - 3) Wenn nämlich der Erbe bei einer direkten TVg trotz §§ 2206, 1967 II, 1975 BGB seine Haftung nicht auf den Nachlaß beschränkt.
 - 4) BGH 19,273; RG 137,176; 121,85; 110,391; RGR-K § 140 A.3; Erman-Westermann § 140 A.4; Oertmann aaO; Enn.-Nipp.aaO.

- D. Ein weiteres Bedenken gegen die mittel = bare TVg gründet sich auf die Feststellung der h.M., daß die TVg "als solche" nicht möglich, nicht durchführbar, unzulässig, unwirksam usw.sei¹⁾.
- I. Unerfindlich bleibt, wie diese Anordnung nunmehr dadurch wirksam werden soll, daß im Wege der Auf=lage oder der treuhänderischen Geschäftsübernahme eine zusätzliche, d.h. auf das Privatvermögen des Erben erstreck= te Legitimation des TV erfolgt²⁾.
1. Eine rechtliche Wirksamkeitsverknüpfung zwischen dem aus der Anordnung des Erblassers sich ergeben= den Rechtszustand und dieser Erweiterung der Rechtsmacht durch den Erben ist rechtstechnisch weder durch das Insti= tut der Treuhand noch durch eine Auflage denkbar³⁾. Viel= mehr kann nach geltendem Recht die Wirksamkeit einer zu = nächst nicht voll wirksamen Erklärung nur vom Eintritt oder Ausbleiben einer Bedingung anhängig gemacht werden (§ 158 BGB)³⁾. Ansonsten hat ein Außenstehender keine Mög= lichkeit, die Wirksamkeit einer fremden Erklärung zu be = einflussen.
2. Das Verhalten des Erben kann für die Wirk= samkeit der letztwilligen Anordnung des Erblassers demnach allein unter dem Gesichtspunkt einer "bedingten Anordnung" bedeutsam sein. Hingegen stellt eine Auflage nach §§ 1940, 2192 ff BGB nicht mehr als eine selbständige Verpflich = tung des Erben dar, d.h. durch eine Auflage veranlaßt der Erblasser eine Tätigkeit des Erben, die allein vom Erben bewirkt wird. Die Erfüllung der Auflage ändert jedoch nichts am Rechtszustand der sonstigen Anordnungen des Erb= lassers.

1) Bzgl. dieser und ähnlicher Formulierungen vgl. oben S.56 Anm.1-9 und S.57 Anm.1-2.

2) Auf die Bedingung als Grund der Rechtsmachtserwei= terung wird im folgenden Abschnitt gesondert einzu= gehen sein.

3) Vgl. statt aller Enn.-Nipp. S.1185-1186 (unter I 2,3).

3. Die Möglichkeiten einer Auflage und einer treuhänderischen Fortführung durch den TV sind noch aus einem anderen Grund nicht zweifelsfrei: die Wirksamkeit der Anordnung des Erblassers hängt nach h.M. allein da = von ab, ob der Erbe die Erbschaft ausschlägt oder aber die unzureichende Rechtsmacht des TV erweitert. Zu dieser Erweiterung soll der Erbe auf Grund einer Auflage verpflichtet sein, die aus der Anordnung des Erblassers zu entnehmen sein soll und deren Erfüllung der TV nach §§ 2194, 2208_{II} BGB verlangen könne¹⁾. Dieses Ergebnis der h.M. ist ungereimt²⁾: einerseits wird die Anordnung überhaupt erst als Folge der Rechtsmachterweiterung durch den Erben wirksam, andererseits besteht eine wirksame und vollzugsfähige Auflage, um den Erben zu dieser Erweiterung zu zwingen.
4. Außerdem vertritt die h.M. noch den Standpunkt, daß es im Belieben des Erben stehe, die Erbschaft anzunehmen und den TV zu bevollmächtigen bzw. zur treuhänderischen Fortführung zu ermächtigen, oder die Erbschaft auszuschlagen und damit eine TVg überflüssig zu machen. Mit dieser, an sich selbstverständlichen Feststellung ist es unvereinbar, dem TV für den Vollzug der Auflage bereits eine selbständige, vom Erben unabhängige Rechtsmacht anzuerkennen, durch die der TV die Rechtsmachterweiterung erzwingt³⁾ und so die Wirksamkeit der mittelbaren TVg herbeiführt. Dies ist zumindest so lange unvertretbar, wie dem Erben noch das Recht der Ausschlagung zusteht. Aber auch nach Ablauf der Ausschlagungsfrist erscheint es willkürlich, aus der Anordnung der undurchführbaren TVg die

1) BGH 24,114; 12,103; RG 172,205; KG DNotZ 55,422; Staud.-Seybold § 2194 A.4 c; Staud.-Dittmann § 2205 A.60,64; BGR-K 2194 A.1; Planck § 2194 A.2 b; Weipert § 139 A.13; Kipp-Coing S.290; Dietrich DR 43, 807; Holch aaO S.294-295; Ahlborn S.89; Schwerdtfeger S.65; Schmitz-Valckenberg S.65 a.A. Siebert S.333.

2) Ebenso Einmahl aaO S.38.

3) Aus § 181 BGB sind insofern keine Bedenken herzuleiten, da eine diesbzgl. Gestattung durch den Erblasser angenommen werden kann (Schwerdtfeger S.65, vgl. Schmitz-Valckenberg S.69 und 86).

Auflage herauszulösen und insofern eine gesonderte, ohne Mitwirkung des Erben bereits wirksame TVg anzunehmen, um die Anordnung der TVg, soweit sie über diese Auflage hinausgeht, auf diese Weise durchzusetzen. Näher liegt auch hier die Annahme einer einheitlichen TVg-Anordnung, die bereits durch eine in der Annahme der Erbschaft konkludent erklärte Zustimmung des Erben wirksam wird.

E. Die danach rechtstechnisch allein mögliche Bedingung unterliegt jedoch einem anderen Bedenken. Diese nicht ausdrücklich ausgesprochene Bedingung¹⁾ kann nur dem Sinn der gesamten Anordnung des Erblassers entnommen werden: mit Recht wird vereinzelt²⁾ darauf hingewiesen, daß es wohl mehr als zweifelhaft sein dürfte, ob nach dem Willen des Erblassers der Anfall des Geschäftes an den Erben wirklich davon abhängig sein soll, daß der Erbe die Rechtsmacht des TV erweitert bzw. sie diesem überhaupt erst einräumt.

I. Weitaus berechtigter ist wohl die Annahme, daß der Erblasser die TVg nicht als Selbstzweck anordnet³⁾ und im Falle der Nichtdurchführung der TVg die Vermögenszuwendung an den Erben nicht entfallen soll^{4,5)}. Vielmehr dürfte⁵⁾ regelmäßig die Zuwendung primär als solche, die

1) Gegen BGH (12,103); Staud.-Dittmann (§ 2205 A.60); Kipp-Coing (S.290) kann durch eine Bedingung weder eine "Verpflichtung" des Erben herbeigeführt, noch kann eine Bedingung durch den TV "vollzogen" werden, (richtig Siebert S.334; Lange S.304 A.6; Hamann S.51-52). Vielmehr schafft die Bedingung nur einen Schwebezustand, der durch den Eintritt der Bedingung beseitigt wird.

2) Richardi S.53; Siebert S.334, der im übrigen nur eine "freiwillige" Vollmacht für zulässig hält (S.31).

3) Vgl.dazu Schmitz-Valckenberg S.78-79.

4) Siehe Anm.3.

5) Von einem wirklichen Willen des Erblassers kann hier keine Rede mehr sein, da er ja eine Bedingung gar nicht angeordnet hat, für den Fall ihrer Nichterfüllung folglich ebenfalls keine Regelung getroffen haben kann. Ein mut-mäßlicher Erblasserwille erstrebt indessen zunächst und regelmäßig den Vermögensanfall, der seinerseits durch eine TVg unterstützt und gesichert werden soll.

Anordnung der TVg hingegen nur als Sicherung derselben erfolgt sein.

II. Aus dieser Überlegung folgt, daß die durch die TVg gesicherte Zuwendung des Handelsgeschäftes im Regelfall eher ohne diese Sicherung erfolgen soll, als daß die beabsichtigte Wirkung der angeordneten Sicherung in ihr Gegenteil verwandelt wird, indem sie indirekt sogar zum Verlust der Erbschaft für den Erben zwingt oder zu einer Gefährdung dadurch führt, daß ein Dritter als mittelbarer TV das gesamte Vermögen des Erben verpflichten kann. Bevor nach dem Willen des Erblassers, der allein entscheidend ist und insoweit als mutmaßlicher Wille ermittelt werden kann, entweder die Zuwendung an den Erben entfallen oder die unbeschränkte Haftung des Erben infolge der mittelbaren TVg der h.M. eintreten soll, soll die TVg regelmäßig überhaupt nicht angeordnet sein. Denn bevor der gewollte Schutz - Sicherung des Geschäftsvermögens einerseits, des privaten Erbenvermögens andererseits - ins Gegenteil verkehrt wird, soll die Zuwendung ohne diesen Schutz auch dann erfolgen, wenn der Erbe selbst im Endeffekt das Gegenteil der Schutzwirkung einer TVg hervorrufen kann.

1. Allerdings sind Einzelfälle denkbar, in denen nach dem Erblasserwillen der TVg ein erheblicher Selbstzweck zukommt, indem der Erblasser auf diese Weise nämlich nur die Fortführung durch einen Dritten sicherstellen wollte, ohne dabei gleichzeitig auch das wohlverstandene Interesse des Erben an einer gesicherten Zuwendung im Auge haben.

2. Für diesen Erblasserwillen müßten indessen konkrete Anhaltspunkte festgestellt und nachgewiesen werden. In aller Regel wird die TVg jedoch "sekundär", d.h. als Sicherung für die "primär" gewollte Vermögenszuwendung angeordnet.

III. Hier wird erneut offenkundig, daß die h.M., die einseitig auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs abstellt und deshalb von der Anordnung des Erblassers nur die gewollte Geschäftsfortführung zur Anwendung bringt,

auf eine Verkenennung der Interessenlage hinausläuft, weil sie die angeordnete TVg nicht möglichst in ihrem ganzen Umfang, sondern nur zu einem kleinen Teil durchführt. Wenn der Wille des Erblassers in seiner Bedeutung teilweise reduziert wird, indem alles unbeachtet bleibt, was der Klarheit und Leichtigkeit der Geschäftsabwicklung entgegen stehen könnte, und wenn dieser Wille andererseits dahingehend erweitert wird, daß die TVg für den Erblasser einen Selbstzweck dargestellt haben soll, weshalb dem Erben nur die Wahl zwischen Ausschlagung der Erbschaft und unbeschränkter Haftung infolge mittelbarer TVg offen stehen soll, so stellt diese Interessenbewertung durch die h.M. eine willkürliche und lebensfremde Auslegung dar.

F. I. Das Innenverhältnis zwischen dem Erben und dem mittelbaren TV ist bisher ähnlich ungeklärt wie die Frage der Auslegung und Konstruktion der mittelbaren TVg. Diese diesbzgl. Ausführungen der h.M.erschöpfen sich in der Feststellung, daß für die internen Rechtsbeziehungen zwischen TV und Erben die Vorschriften des § 2197 ff (2215 ff BGB) heranzuziehen seien¹⁾. Bei der Ausgestaltung dieses Innenverhältnisses ergeben sich jedoch unüberwindliche Schwierigkeiten, die letztlich auf der bisher nicht untersuchten, geschweige denn beantworteten Frage beruhen, wie die Wirksamkeit der mittelbaren TVg überhaupt zu erklären ist. Erblickt man richtigerweise den entscheidenden Umstand für das Wirksamwerden dieser - mittelbaren - TVg in dem freiwilligen, zustimmenden Rechtsakt des Erben, so zeigt sich darin eine grundlegende Besonderheit dieser TVg. Die Abhängigkeit dieser TV von einer Willensentscheidung des Erben wirft die Frage auf, ob diese Form der TVg überhaupt noch der gesetzlichen Regelung der TVg nach § 2197 ff BGB gleichgestellt werden kann. Da die TVg i.S. von § 2197 ff BGB in ihrem Wesen vom Willen des Erben völlig unabhängig ist, bestehen erhebliche

1) Vgl. die oben S.2 Anm. 4 und 5 genannte Literatur und Rechtsprechung.

Zweifel, ob der freiwillige Rechtsakt des Erben, der die Rechtsmacht des TV entweder erweitert oder sogar erst begründet, den Charakter der gesetzlichen TVg nicht so entscheidend verändert, daß deren Vorschriften für die mittelbare TVg grundsätzlich nicht mehr in Frage kommen können¹⁾.

II. Gedanklich bieten sich für die Ausgestaltung des Innenverhältnisses folgende theoretische Möglichkeiten an:

1. Die §§ 2197 ff BGB gelten für die mittelbare TVg sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis²⁾. Dogmatisch müßte vorausgesetzt werden, daß der Erblasser auch hinsichtlich des privaten Erbenvermögens eine TVg anordnen könnte, obwohl eine unmittelbare, dinglich wirkende Erweiterung der direkten TVg unzulässig ist³⁾. Die Wirksamkeit dieser auch den persönlichen Bereich des Erben umfassenden TVg.-Anordnung müßte von der Zustimmung des Erben als einer Wirksamkeitsvoraussetzung abhängig gemacht werden. Selbst wenn eine derartige Ausdehnung der TVg deshalb zulässig wäre, weil sie wirksam nicht vom Erblasser, sondern vom Erben selbst herbeigeführt würde, so ist nach der hier entwickelten Ansicht jedenfalls ein auf diese Ausdehnung der TVg gerichteter Wille des Erblassers aus seiner letztwilligen Verfügung in keiner Weise zu entnehmen, (§§ 133, 2084 BGB).

1) Vgl.dazu Schmitz-Valckenberg S.69-70; Ahlborn S.92.

2) So z.B. Hamann (S.57), der in diesem Zusammenhang von einer "doppelten Rechtstellung" des TV spricht. Diese "Personalunion" soll auf der "Ernennung zum TV durch den Erblasser und der Bevollmächtigung durch den Erben" beruhen.

3) Unklar Weiler (aaO S.300), wonach im Falle eines Gesellschaftererben die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den mittelbaren TV deshalb gerechtfertigt ist, weil "eine Kraft des ausdrücklichen Erblasserwillens über den gesetzlichen Regelfall erweiterte Vollstreckung" vorliegt. Offen bleibt, ob diese Erweiterung schuldrechtlicher oder dinglicher Natur sein soll.

2. Ebenso steht einer Ausdehnung der gesetzlichen Vorschriften (§ 2197 ff BGB) nur hinsichtlich des Innenverhältnisses¹⁾ zwischen TV und Erben entgegen, daß auch die nur interne Erstreckung der TVg auf das Privatvermögen des Erben vom Erblasser erkennbar nicht beabsichtigt ist.
3. Neben dem fehlenden Anhaltspunkt in der Erklärung des Erblassers besteht gegen die umfassende Anwendung von § 2197 ff BGB auf das Innenverhältnis zwischen TV und Erben ein weiteres Bedenken. Denn dabei bleibt die Tatsache so gut wie unberücksichtigt, daß der TV Rechtsmacht und Handlungsfähigkeit überhaupt erst durch den zustimmenden Rechtsakt des Erben erhält und somit seine rechtliche Stellung weitgehend nur vom Erben abgeleitet²⁾.
4. Kann mithin jedenfalls nicht das gesamte Innenverhältnis nach § 2197 ff BGB beurteilt werden, bleibt nur die Möglichkeit, daß entweder das ganze Innenverhältnis oder zumindest insoweit, als es sich auf das persönliche Erbenvermögen bezieht, nach Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsrecht (§§ 662 ff, 675 BGB) geregelt wird. Dadurch würde zwar berücksichtigt, daß die Rechtsmacht des TV ganz oder zum Teil vom Erben abgeleitet ist, jedoch könnte eine wirksame TVg praktisch verhindert werden, indem der Erbe mittelbar auf diese Weise doch an der Verwaltung des Geschäftes entscheidend Anteil nehmen und so die vom Erblasser, jedenfalls hinsichtlich des Nachlasses, gewollte Unabhängigkeit des TV verhindert würde. Selbst wenn der Erbe durch eine aus der Anordnung des Erblassers zu entnehmende Auflage gehalten wäre, sich jeder eigenen Tätigkeit zu enthalten, wäre der Erbe nur schuldrechtlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Da er also nach außen durchaus

1) So die von Holch vorgeschlagene Lösung (aaO S.296-300); ähnl. Donner aaO S.144; Schmitz-Valckenberg S.72-73; vgl. auch Staud.-Dittmann § 2205 A.59, KG JW 39,105; Kipp-Coing S.289-290; Mains aaO S.192; Hamann S.75.

2) Vgl. Christopeit S.87.

wirksam tätig werden könnte, bliebe die als bindend gedachte Beschränkung und Ausschließung des Erben (§§ 2205, 2211 BGB) unerreicht: entsprechend wäre die Unabhängigkeit der Verwaltungstätigkeit des TV in keiner Weise gewährleistet.

Auch wäre mehr als zweifelhaft, ob der Erbe angesichts der Möglichkeit, eine ihm im Einzelfall erforderlich und zweckmäßig erscheinende Maßnahme selbst wirksam durchführen zu können, nicht von dem schwächeren Recht einer Weisung gegenüber dem TV Gebrauch machen könnte. Auch wenn diese Weisung als unwirksam anzusehen wäre, bliebe zweifelhaft, ob der Erbe sich bzgl. eines späteren Aufwendungsersatzanspruches des TV nicht auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) mit der Begründung berufen könnte, der TV habe seine Weisung nicht befolgt¹⁾.

G. I. Die h.M. übersieht weiterhin, daß eine Bevollmächtigung des TV seitens des minderjährigen Erben bzw. seines gesetzlichen Vertreters gem. § 1822_I BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf. Denn die Bevollmächtigung läßt die angeordnete TVg wirksam werden und führt somit zu einer inhaltlichen Veränderung einer "angefallenen Erbschaft". Ohne diese Bevollmächtigung würde dem Erben nämlich die Zuwendung als "unbeschränkte" Erbschaft zufließen, d.h. die dinglich wirkende Belastung der TVg würde fehlen und der Erbe dadurch zum allein- und vollberechtigten Rechtsinhaber und Vermögensträger der Erbschaft.

II. Folgerichtig müßte die Gestattung des minderjährigen Erben bzw. seines gesetzlichen Vertreters gegenüber dem TV, das Geschäft als Treuhänder übernehmen und im eigenen Namen fortführen zu können, ebenfalls dieser Genehmigungspflicht unterliegen.

1) Ähnlich Weiler aaO S.295 Anm.39.

H. I. In der Literatur¹⁾ wird ferner gegen die h.M.eingewendet, daß eine Auflage i.S.der §§ 1940, 2194 BGB voraussetze, daß sie wirtschaftlich mit Mitteln des Nachlasses erfüllt werden kann¹⁾. Anderenfalls sei der Erbe gem.§ 1992 BGB berechtigt, die Haftung für die aus dieser Auflage sich ergebenden Verbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken²⁾. Deshalb könne die Auflage die mittelbare TVg mit ihrer Folge der unbeschränkten Haftung nicht herbeiführen.

II. Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung hat der Erbe indessen nur, wenn die Auflage eine Verpflichtung zu einer Vermögensleistung zum Inhalt hat³⁾. Gegenstand dieser Auflage ist jedoch die Bevollmächtigung des mittelbaren TV bzw. die Gestattung der treuhänderischen Übernahme, dem als solchem keineswegs eine selbständige, berechenbare Vermögensbedeutung zukommt. Wenn auch die mittelbare TVg die Befugnis des TV enthält, auf das gesamte Vermögen des Erben zwingend einzuwirken und auf diese Weise die Auflage indirekt doch Vermögenswirkungen zeitigt, so werden Vollmacht und Gestattung selbst dadurch noch nicht zu einem vermögensrechtlich erheblichen Vorgang. Anderenfalls käme, da jede Auflage letztlich finanzielle Folgen auslöst, auch jeder Auflage Vermögenswert mit der Folge zu, daß der Erbe die Erfüllung nach Maßgabe von § 1992 BGB verweigern könnte. Vielmehr geht das Gesetz grundsätzlich davon aus, daß sämtliche Anordnungen des Erblassers ohne Rücksicht auf die Kräfte des Nachlasses wirksam sind. Unter den Voraussetzungen von § 1992 BGB kann der Erbe zwar die Erfüllung einer Auflage verweigern, wenn die Mittel des Nachlasses nicht ausreichen.

1) Siebert S.33; Richardi S.48 ff.

2) Ausführliche Ablehnung dieser Ansicht bei Schmitz-Valckenberg S.68-69.

3) So deutlich Richardi aaO.

Dies ändert jedoch nichts daran, daß die Auflage als solche wirksam angeordnet ist. Hat der Erbe z.B. sein Recht zur Haftungsbeschränkung verloren (§ 2013 BGB), so haftet er auch für die Erfüllung einer solchen Auflage mit seinem ganzen Vermögen.

III. Ist somit auch die Auflage zur Rechtsmachterweiterung als solche wirksam¹⁾, so muß der Erbe, will er sich von einer persönlichen Inanspruchnahme schützen, die Erbschaft ausschlagen²⁾.

J.I. Schließlich weichen einige Autoren, die grundsätzlich die von der h.M. vertretenen Formen der mittelbaren TVg billigen, insofern von dieser ab, als sie dem treuhänderisch tätig werdenden TV gegen den Erben nur einen Regreßanspruch bis zur Höhe des Nachlasses zubilligen³⁾.

II. Zur Begründung des beschränkten Ausgleichsanspruches wird darauf verwiesen, daß die durch den TV herbeigeführten Verpflichtungen für den Erben nach § 1967^{II} BGB nur Nachschverbindlichkeiten seien, für welche der Erbe folglich seine Haftung beschränken könne.

1. Da der TV, wenn er in irgendeiner Rechtsform als Verwalter das Geschäft fortführt, kraft seines Verwaltungs- und Verfügungsrechtes bereits in der Lage und befugt ist, die zur Durchführung der TVg erforderlichen Mittel selbst aus dem Nachsch zu entnehmen⁴⁾, ist ein Ersatzanspruch bis zur Höhe des Nachschwertes praktisch bedeutungslos⁵⁾.

-
- 1) Diese Wirksamkeit der Auflage als solcher besagt jedoch nichts darüber, ob durch diese Aufl. der rechtliche Charakter der letztwilligen Verfügung in ihrer Gesamtheit beeinflusst werden kann (dazu s. oben S. 75ff).
 - 2) BGH 12, 103; RG 172, 205; Donner aaO S. 146; Holch aaO S. 295, A. 69; Weiler aaO S. 296; Hamann S. 53.
 - 3) Bes. Siebert S. 337-338; Richardi S. 58; Sommer aaO; Scheel S. 78; Hamann S. 73.
 - 4) KG JW 37, 475 (476 oben); Staud.-Dittmann § 2218 A. 27; Schmitz-Valckenberg S. 90; Scheel S. 74.
 - 5) Richtig Christopeit S. 92 A. 2.

2. Darüber hinaus ist das Ergebnis dieser Min-
dermeinung von ihrem Ausgangspunkt her inkonsequent.
Wenn der TV seine Legitimation erst durch die Bevoll-
mächtigung oder Zustimmung des Erben erhält, und infol-
ge dieses Rechtsaktes des Erben dessen unbeschränkte
Haftung garantiert wird, so verliert der Erbe durch die-
se Ausdehnung der Rechtsmacht des TV auf sein persön-
liches Vermögen zwangsläufig das Recht der Haftungsbe-
schränkung gegenüber dem von ihm selbst bevollmächtig-
ten TV. Denn der mittelbare TV ist infolge dieser
Rechtsmachterweiterung nicht nur in der Lage, den Nach-
laß zwingend zu verpflichten - dies kann er bereits als
"direkter" TV nach §§ 2206, 1975 BGB -, sondern er be-
gründet als mittelbarer TV zugleich auch unbeschränk-
bare Eigenverbindlichkeiten des Erben. Deshalb wird der
Aufwendungsersatzanspruch nach h.M. neben § 2218 BGB
zugleich auch auf § 670 BGB gestützt¹⁾. Unvereinbar
mit dieser Konstruktion der mittelbaren TVg ist es aber,
wenn der Erbe allein hinsichtlich des Regreßanspruches
plötzlich wieder die Möglichkeit der Haftungsbeschrän-
kung haben soll.

§ 3 Zwischenergebnis

- I. Die angestellten Untersuchungen mußten zur
Ablehnung der von der h.M. vertretenen mittelbaren TVg
führen, weil der Wille und die Anordnung des Erblassers
nicht die auf das persönliche Erbenvermögen aus-
gedehnte Tätigkeit des mittelbaren TV decken.
Ferner sind Auflage und Treuhand dogmatisch unter kei-
ner Voraussetzung in der Lage, die Wirksamkeit der un-
durchführbaren Anordnung des Erblassers herbeizuführen.
Im Falle der Bedingung zur Vollmachtserteilung wird be-
sonders deutlich, daß die h.M. für die gesamte mittel-
bare TVg von einem fingierten Erblasserwillen ausgeht.

1) BGH 12,104; Staud.-Dittmann § 2205 A.59;
Hueck ZHR 108,28; Siebert S.337; zur h.M.
ferner Donner DNotZ 44,144; Ahlborn S.104-105.

Sie tut so, als hätte der Erblasser vor allem die Fortführung des Geschäftes erstrebt und dieser die Zuwendung an den Erben untergeordnet.

Auch hinsichtlich des Innenverhältnisses bestehen unüberwindliche Schwierigkeiten, da eine Ausdehnung von § 2197 ff BGB auf die gesamten Rechtsbeziehungen zwischen TV und Erben nicht möglich ist. Eine Ausgestaltung, für die teilweise oder ganz auf §§ 662 ff, 675 BGB zurückgegriffen werden muß, ist jedoch praktisch unbrauchbar.

- II. Somit kann festgestellt werden, daß gegen die mittelbare TVg der h.M. zwar keine Bedenken aus der Sicht des Handelsrechtes bestehen, daß ihr jedoch unüberwindbare Schwierigkeiten auf zivil-, insbesondere auf erbrechtlichem Gebiet entgegenstehen.

3. Kapitel:

Weitere Ersatzformen der undurchführbaren TVg

Eine Lösung der Frage, wie im Falle eines Handelsgeschäftes eine TVg erfolgen kann, kann unter Vermeidung der gegen die h.M. bestehenden Bedenken nur auf der unabdingbaren Voraussetzung aufbauen, die sich aus der eingehenden Auslegung der letztwilligen Anordnung des Erblassers ergibt: es gilt einen Erblasserwillen durchzuführen, nach dem eine nachlaßbezogene, vom Erben unabhängige Geschäftsfortführung mit der Möglichkeit der Vermögenssonderung und Haftungsbeschränkung eintreten soll.

§ 1 Objektbezogenes oder neutrales Handeln des TV

A.

Zunächst bietet sich ein - insbesondere von Dölle¹⁾ entwickelter - Vorschlag als Ersatzform an: Ein TV ist, wie auch andere uneigennützige Verwalter, in seiner eigentlichen Bedeutung und in seiner rypischen Stellung weder durch den Begriff des gesetzlichen Vertreters noch durch den der Partei kraft Amtes in hinreichender Weise erklärt. Nach Dölle besteht das charakteristische Merkmal dieser Personen vielmehr darin, daß ihnen eine bestimmte Vermögensmasse zur Verwaltung anvertraut ist, auf welche die Wirksamkeit ihres Handelns beschränkt ist. Die Tätigkeit des TV könnte nicht als Handeln im eigenen oder fremden Namen verstanden werden, sondern sei in ihrem Wesen nur nachlaßbezogen, weshalb sie besser als "neutrales" Handeln zu erklären sei.

1) Festschr. S.268 (274 ff).

B. Dieses objektbezogene Handeln eines TV könnte in doppelter Weise erheblich sein. Entweder genügt bereits das erkennbar objektbezogene Handeln, um die Wirkungen der TVg herbeizuführen, oder die Rechtsfolgen der TVg werden in jedem Falle einer vom TV getroffenen Maßnahme durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß herbeigeführt. Im ersteren Fall könnte von einer objektiven, im letzteren von einer subjektiven Bedeutung des neutralen oder objektbezogenen Handelns gesprochen werden.

I. Wenn der TV bei jeder Maßnahme seine Stellung und Tätigkeit als TV für den Nachlaß des Erblassers und bisherigen Geschäftsinhabers erkennbar werden läßt, so kann dies jedoch nicht die Wirkung haben, daß gleichsam automatisch seine Tätigkeit nur und allein Rechtsfolgen hinsichtlich des Nachlasses auslöst. Denn dem geltenden Recht ist eine derartige Eigenständigkeit des Nachlasses unbekannt - sie würde auf die Annahme der Rechtsfähigkeit einer Vermögensmasse hinauslaufen.

II. Überdies wäre die so verstandene Tätigkeit des TV ebenfalls mit dem Grundgedanken von § 27 HGB unvereinbar. Wenn nach dieser Vorschrift eine Geschäftsfortführung über 3 Monate hinaus den Verlust des Rechtes zur Haftungsbeschränkung zur Folge hat, kann die Fortführung durch einen Verwalter jedenfalls als solche nicht zu einer Nachlaßbezogenheit und Beschränkbarkeit der Haftung führen, wobei es für diese Regelung des § 27 HGB dahingestellt bleiben kann, ob die Tätigkeit des verwaltenden TV als objektbezogenes Handeln, als Vertretungstätigkeit oder als Ausübung eines Amtes zu verstehen ist.

C. Somit bleibt nur die Möglichkeit, daß der TV in jedem Einzelfall ausdrücklich erklärt, daß das jeweilige Rechtsgeschäft nur für und gegen den Nachlaß

wirksam sei und dafür nur in Höhe des Nachlaßwertes gehaftet werde¹⁾.

- I. Vorausgesetzt, daß es in jedem Falle zu dieser rechtsgeschäftlichen Haftungsbeschränkung kommt, liegt darin tatsächlich eine echte Möglichkeit, die Tätigkeit des TV auf den Nachlaß zu beschränken und zu = gleich eine Belastung des Handelsverkehrs mit der Unsicherheit des Haftungsumfanges (§ 1975 BGB) zu vermeiden.
- II. Es erscheint jedoch wenig sachgemäß, die Schwierigkeit, die in der Überschneidung des erbrechtlichen und handelsrechtlichen Haftungsrechtes liegt und nach Entwicklung und Sachnatur ein Problem des Innen = verhältnisses zwischen TV, Erben und Erblasser ist, nunmehr in das Außenverhältnis zu verlagern und sie rechtsgeschäftlich dem einzelnen Geschäftspartner aufzubürden.
1. Entscheidende Bedeutung kommt jedoch zu = mindest den zahlreichen, praktischen Schwierigkeiten zu, die im Falle einer derartigen TVg mit jeweiliger rechtsgeschäftlicher Haftungsbeschränkung notwendigerweise eintreten. Die Nachlaßbezogenheit der Verwaltungstätigkeit des TV ist nur bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung, also dann gewährleistet, wenn der TV auch wirklich in jedem Fall die Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß vereinbart. Unterbleibt eine derartige Vereinbarung jedoch, so trifft die daraus sich ergebende unbeschränkte Haftung den Erben (§ 27 HGB), obwohl der TV bei "direkter" TVg nach § 2197 ff BGB aus einem Geschäft, das er nicht als TV abschließt, selbst verpflichtet wird. Die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Haftungsbeschränkung läuft also im Gegensatz zur "direkten" TVg, bei der der Erbe das Recht der Haftungsbeschränkung

1) Vgl.dazu RG 146,343 (346).

grundsätzlich nur durch sein eigenes Verhalten verlieren kann, auf eine erhebliche Gefährdung des Erben bzw. seines persönlichen Vermögens hinaus.

2. Außerdem dürfte es für ein in dieser Weise betriebenes Handelsgeschäft laufend Schwierigkeiten geben, überhaupt zu Geschäftsabschlüssen zu kommen. Denn sowohl im Einkauf als auch im Verkauf würde die jeweils notwendige Erklärung der Haftungsbeschränkung dem Geschäftspartner regelmäßig als gefährlich erscheinen und ihn an der Finanzkraft des Handelsgeschäftes zweifeln lassen. Ebenso wäre die Kreditwürdigkeit dieses Unternehmers sehr in Frage gestellt. Denn der Geschäftsverkehr könnte nicht länger auf die persönlichen Fähigkeiten und die Tatkraft des Unternehmers, auf seinen Ruf und Einfluß, seine Beziehungen usw. vertrauen. Vielmehr würde eine derartige Fortführung mit jeweiliger rechtsgeschäftlicher Haftungsbeschränkung vom Geschäftsverkehr als unsolide und suspekt verstanden.

§ 2 Pflegschaft

- A. I. Da die Pflegschaft (§ 1909_{I 2} BGB) sich nur auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten¹⁾ bezieht²⁾, und der Pfleger innerhalb seines Wirkungskreises unbeschränkte Verpflichtungen begründet³⁾, ist zu prüfen,

-
- 1) Da sich eine Vormundschaft (§ 1773 ff. BGB) grundsätzlich auf das gesamte Vermögen des Minderjährigen erstreckt (§§ 1793 ff., 1796 BGB), kann sie für eine nachlaßbezogene Tätigkeit nicht in Frage kommen. Auch Nachlaßverwaltung und Nachlaßpflegschaft stellen keine Möglichkeiten zur Fortführung eines Handelsgeschäftes dar, weil sie nur auf die Abwicklung, also Auflösung eines Nachlasses ausgerichtet sind.
- 2) Vgl. RGR-K.A.2 vor § 1909.
- 3) RG HRR 29,1651; KG JW 35,3558; Mot.IV S.1252; Staud.-Dittmann § 2205 A.63; Donner aaO S.148; Hamann S.42.

ob durch dieses Rechtsinstitut eine nachlaßbezogene Geschäftsfortführung herbeigeführt werden kann. Jedoch ist vorab schon festzustellen, daß über eine Pflegschaft nur eine Teillösung unseres Problems erreicht werden könnte, da sie außer im Falle des unmündigten Erben, nur für einen minderjährigen Erben in Frage kommt (§ 1909 BGB).

- II. Um eine Pflegschaft zu ermöglichen, müßte die Anordnung des Erblassers so verstanden werden können, daß durch sie von der Fortführung des dem Minderjährigen zugewendeten Geschäftes zugleich auch der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen ausgeschlossen sein soll. Während nämlich eine TVg nur dem Erben Beschränkungen auferlegt und nur für ihn eine Belastung darstellt, werden durch eine Pflegschaft daneben noch die Rechte des gesetzlichen Vertreters in dem Umfange beschnitten, wie dem Pfleger Befugnisse erteilt werden (§ 1909_{1 2} BGB)¹⁾.

- B.I. Demnach führt eine Pflegschaft nicht nur den wirtschaftlichen Erfolg einer TVg hinsichtlich eines minderjährigen Erben herbei, sondern dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen würde darüber hinaus noch die Durchsetzung derjenigen Rechte genommen, die er im Falle einer TVg wahrzunehmen berechtigt ist. So hat er das Recht, die Herausgabe der Nutzungen der TVg an den Erben zu verlangen, den TV zur ordnungsgemäßen Pflichterfüllung anzuhalten und ihn darin zu kontrollieren, vom TV freigegebene Gegenstände entgegenzunehmen (§ 2217 BGB), von ihm nach § 2219 BGB

1) So deutlich LG Dortmund NJW 59,2264; auch aus der Entscheidung des OLG Rostock (JFG 2,132) geht klar hervor, daß für die Annahme einer Pflegschaft in dem Testament nicht nur die Anordnung der TVg enthalten, sondern zusätzlich dem gesetzlichen Vertreter die Verwaltungsbefugnis für die Erbschaft entzogen sein muß, (vgl. auch KG RJA 10,102; 16,15; Donner aaO S.148; abweichend jedoch Soergel-Ehard-Eder § 2205 A.3).

Schadenersatz zu verlangen usw. Auch kann der gesetzliche Vertreter im Falle einer Kündigung oder des Todes des TV das Geschäft grundsätzlich selbst weiter führen, wenn der Erblasser ausdrücklich nur diesen betr. TV eingesetzt und absichtlich keine Ersatzregelung getroffen hat. Da die Pflegschaft dem gesetzlichen Vertreter diese Befugnisse nimmt und insofern über die Anordnung einer TVg hinausgeht, kann aus der Einsetzung eines TV im Regelfall nicht entnommen werden, daß der Erblasser auch den Willen für eine Pflegschaft gehabt und erklärt hat (§§ 133, 2084 BGB).

- II. Demgemäß kann wohl in der Anordnung einer Pflegschaft erforderlichenfalls die Einsetzung eines TV gefunden werden¹⁾, denn die schwächere Rechtsstellung eines TV im Vergleich zu einem Pfleger wollte der Erblasser dem Verwalter auf jeden Fall einräumen.

§ 3 Vollmacht auf den Todesfall

- A. I. Schließlich läßt sich die als solche und durchführbare Anordnung der TVg über ein Handelsgeschäft möglicherweise im Hinblick darauf realisieren, daß die dinglich wirkende TVg zugleich eine abgeschwächte schuldrechtliche Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkung des Erben und eine entsprechende schuldrechtliche Verlagerung derselben auf den absichtlichen Verwalter enthält. Als derartige in der TVg enthaltene schuldrechtliche Befugnis kommt eine Vollmacht des Erblassers in Betracht.

1) So richtig RG WarnR 1913 II Nr.239;
KG OLG 4,123; 7,130; KGJ 20, A.21.

II. Der Erblasser kann, wie allgemein anerkannt ist¹⁾, eine Vollmacht in der Form erteilen, daß sie auch über seinen Tod hinaus weitergilt. Sogar eine bedingte Vollmacht mit der Wirkung, daß der Bevollmächtigte erst im Augenblick des Todesfalles Vertretungsmacht erlangt, wird für zulässig gehalten¹⁾. Als Erbsatzform einer undurchführbaren TVg kommt vor allem die letztere Art einer postmortalen Vollmacht in Frage²⁾.

III. Die Zulässigkeit einer Verwaltung und Fortführung des Geschäftes auf Grund einer derartigen postmortalen Vollmacht ist nach den Erkenntnissen zu beurteilen, die aus § 27 HGB für jede Geschäftsführung eines Einzelunternehmens gewonnen worden sind. Nach dieser Vorschrift führt der Betrieb eines ererbten Handelsgeschäftes über 3 Monate hinaus notwendig den Verlust des Rechtes herbei, nach den Bestimmungen des Erbrechtes den Nachlaß vom sonstigen Vermögen zu trennen und die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Da § 27 HGB für jedes Handelsgeschäft mithin die unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung des Geschäftsinhabers verlangt, kann eine Fremdverwaltung des Betriebes im Namen des Geschäftsinhabers nur unter der Voraussetzung stattfinden, daß letzterer mit seinem ganzen Vermögen hinter dieser Verwaltung steht. Die postmortale Vollmacht ist demnach als Legitimation

1) RG 114,351 (354); 106,185; WarnR 1925,164 (166); JR 1925,Beil.Nr.1860; KG JFG 1,138; DNotZ 35,600; Bay.OblG OLG 40,129; Mot.I S.234; Staud.-Coing § 168 A.4; Soergel-Siebert § 168,A.23;Oertmann § 167 A.3; Enn.-Nipp.S.1145; Kipp-Coing S.393; v.Tuhr S.401; Lehmann S.305; Schneider-Martin S.412; Müller-Freienfels S.319 ff; Boehmer,RG-Praxis III S.310; Haegle S.150; Hilderscheid DNotZ 38,482 (491); Richardi S.46; Ahlborn S.64-65.

2) Zur inneren Verwandtschaft zwischen Vollmacht auf den Todesfall und TVg sowie zur grundsätzlich schwächeren Wirkung dieser Vollmacht vgl.vor allem: Bay.OblG OLG 40,129; Müller-Erzbach S.319 ff.

für die Tätigkeit des Vollstreckers nur geeignet, wenn der als Bevollmächtigter des Erben handelnde Verwalter das gesamte Vermögen des Erben verpflichtet.

- B. I. Eine postmortale Vollmacht, die in der undurchführbaren Anordnung der TVg enthalten ist, bezieht sich jedoch, wie die beabsichtigte TVg selbst, auf den Nachlaß des Erblassers. Dies ergibt sich ausserdem auch daraus, daß der Erblasser die Rechte des TV nicht erweitern¹⁾, die Befugnisse des TV also auch nicht dahingehend verstärken kann, daß dieser auch das persönliche Erbenvermögen unbeschränkt verpflichten kann.
- II. Zwar tritt der Erbe mit dem Erbfall in vollem Umfange in die Rechtsstellung des Erblassers ein²⁾ und wird damit notwendig auch zum Vollmachtgeber²⁾ dieser postmortalen Vollmacht, so kann sich aber doch dadurch der Umfang dieser Vollmacht nicht verändern. Vielmehr ist die Vollmacht auch nach dem Erbfall in der Person des Erben nur auf den Nachlaß bezogen.
- III. Damit verbietet § 27 HGB auch diese Möglichkeit, mittels einer Vollmacht auf den Todesfall eine nur nachlaßbezogene Geschäftsfortführung zu erreichen. Die Zulässigkeit der postmortalen Vollmacht scheitert wie die "direkte" TVg an dem Erfordernis der vollen haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsinhabers.

1) Vgl. die Ausführungen zur zwingend beschränkten Rechtsmacht des TV (oben S. 50 ff); ferner RG 106, 187; 88, 345 (348); KG JFG 1, 320; Staud.-Coing § 168 A. 4 a; Enn.-Nipp. S. 1146; Lehmann S. 303; Müller-Freienfels S. 310; v. Tuhr S. 401 A. 158; Heldrich JherJb 1928, 316; Ahlborn S. 68.

2) RG 139, 41 (43-44); Bay. OLG OLG 40, 129; Staud.-Dittmann § 2187 Vorb. 104; RGR-K. Vorb. 12 zu § 2197; Enn.-Nipp. S. 1145-1146; Müller-Freienfels S. 320; v. Tuhr S. 401 A. 157; Schneider-Martin S. 412; Haegeler S. 9; derselbe Rpfl. S. 151; Wurm S. 7; Heldrich aaO; Hilderscheid aaO S. 491; Leopold S. 188 A. 1.

§ 4 Vor- und Nacherbschaft

- A. I. Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen besteht zusammengefaßt darin, daß einerseits § 27 HGB, d.h. der handelsrechtliche Grundsatz der unbeschränkten Haftung, die Fortführung des Geschäftes nur unter unbeschränkter Haftung zuläßt, daß aber andererseits dem TV weder eine dingliche noch eine schuldrechtliche Befugnis zusteht, das persönliche Erbenvermögen unbeschränkbar zu verpflichten.
- II. Wenn also auf der einen Seite im Falle der Geschäftsfortführung eine unbeschränkte Haftung eintreten muß, auf der anderen Seite aber der Erbe durch die Fortführung das Recht zur Haftungsbeschränkung nicht verlieren darf, kann eine Ersatzform für die undurchführbare TVg nur in einer solchen Rechtsgestaltung bestehen, durch die die unbeschränkte Haftung in der Person des TV eintritt. Denn jede Form der Verwaltung des Handelsgeschäftes muß zwangsläufig entweder die Notwendigkeit der unbeschränkten Haftung oder das Erfordernis der Haftungsbeschränkbarkeit außer acht lassen.
1. Bevor aus der Undurchführbarkeit der TVg die Konsequenz gezogen wird, das Handelsgeschäft entweder stillzulegen, zu veräußern oder an den Erben herauszugeben, erscheint die Prüfung einer solchen Ersatzform berechtigt, die für den Erben die Nachlaßbezogenheit der Verwaltung und die unbeschränkte Haftung - in der Person des TV - sicherstellt.
2. Als derartige rechtliche Möglichkeit, der Anordnung der TVg zu einer angemessenen praktischen Auswirkung zu verhelfen, bietet sich das Rechtsinstitut der Vor- und Nacherbschaft an: der TV als Vorerbe wäre in seiner Verwaltungs- und Verfügungsmacht auf den Nachlaß beschränkt (§§ 2112 ff, 2129 BGB) und würde in seiner Eigenschaft als Vorerbe unbeschränkt haften (§§ 2144, 2145 BGB).

3. Die Möglichkeit, den TV im Außenverhältnis als Erben oder Vorerben einzusetzen, ihn aber im Innenverhältnis gegenüber dem "wirtschaftlichen" Erben nur die Stellung eines Treuhänders einzuräumen, ist bereits verschiedentlich¹⁾ angedeutet worden.

B.I. Der Vorerbe ist bis zum Eintritt des von einem Termin²⁾ oder einer Bedingung²⁾ abhängigen Nacherbfalles grundsätzlich Rechtsinhaber³⁾ und Herr³⁾ des Nachlasses, wobei ihm jedoch von Anfang an die Verpflichtung obliegt, die Substanz des Nachlasses später an den Nacherben herauszugeben⁴⁾. Dieser Umstand, daß das ererbte Vermögen letztlich im vollen Umfange dem Nacherben zustehen soll, führt zu zahlreichen Beschränkungen des Vorerben:⁵⁾ Die Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Vorerben ist im Interesse des Nacherben eingeschränkt und besonderen Sicherungspflichten unterworfen. Der Umfang der den Vorerben betreffenden Beschränkungen vergrößert sich noch, wenn eine nicht befreite Vorerbschaft angeordnet ist (§§ 2136, 2112 ff BGB).

II. Wenn der Vorerbe als Herr des Nachlasses die während seiner Verwaltungszeit anfallenden Nutzungen behalten darf (§ 2133 BGB), so werden Sinn und Funktion der Vorerbschaft offenkundig: der Vorerbe hat eine nießbrauchsähnliche Stellung mit der Besonderheit, daß ihm nach § 2112 BGB ein - wenn auch beschränktes - Verfügungsrecht zusteht⁶⁾.

1) Donner aaO S.149 (Mitte); Holch aaO S.100; Schwerdtfeger S.73.

2) Kipp-Coing S.208-209.

3) Lange S.243; Kipp-Coing S.210,443.

4) Kipp-Coing S.210-211.

5) derselbe S.210.

6) Staud.-Seybold Vorb.1 zu § 2100; Kipp-Coing S.213.

Diese rechtliche Ausgestaltung der Vor- und Nacherbschaft führt dazu, daß der Nachlaß in der Hand des Vorerben in gewisser Hinsicht ein Sondervermögen¹⁾ darstellt²⁾.

1. Mithin ist eine innere Verwandtschaft der Vorerbschaft mit dem Institut der TVg nicht zu verkennen. Sowohl bei der Einsetzung eines Vorerben als auch bei der eines TV handelt es sich darum, die letztwillige Zuwendung an den Erben dinglich wirkenden Beschränkungen zu unterwerfen und den Verwalter nur für bestimmte Zeit einzusetzen. Hier wie dort hat das Gesetz die Möglichkeit einer gebundenen Erbfolge anerkannt³⁾, um auf Grund des Erblasserwillens zur Realisierung bestimmter Zwecke den Nachlaß bereits vom Erbfall an in seinem tatsächlichen und rechtlichen Bestand zu sichern und zu erhalten⁴⁾, indem das angefallene wie das eigene Vermögen des Erben weitgehend seine Selbständigkeit behält. Der Nachlaß wird zur Erreichung künftiger, vom Erblasser angestrebter Zwecke als Sondergut in der Hand eines Vorerben oder eines TV gewissermaßen "konserviert"⁵⁾.

2. Damit nähern sich TVg wie Vorerbschaft als Fälle eines zweckgebundenen und mit dinglichen Beschränkungen des Rechtsinhabers versehenen Nachlasses⁶⁾ den bekannten Erscheinungen von Treuhandverhältnissen⁷⁾, in denen jemand zwar formal Rechtsinhaber und Vermögensträger

1) Lange S.233.

2) Dies zeigt sich besonders in einer Zwangsvollstreckung (§§ 2115 BGB, 773 ZPO) und in einem Konkurs (§§ 2115 BGB, 128 KO). Vgl. RGR-K. § 2099 A.8.

3) Staud.-Seybold Vorb.1 zu § 2100.

4) Staud.-Boehmer § 1922 A.138.

5) Staud.-Boehmer aaO; Baur S.262 (oben).

6) TVg und Vorerbschaft sind gleichermaßen geeignet, eine "fideicomissähnliche" Bindung des Nachlasses über den Tod des Erblassers herbeizuführen (ähnl. Baur JZ 58,465 - a.Anf.).

7) Zum treuhänderischen Charakter der TVg eingehend Weidlich (S.40 ff), der den TV nur als Treuhänder verstehen will und es nachdrücklich ablehnt, seine Rechtsstellung allein aus "eigenem" oder "abgeleitetem" Recht (S.7) zu erklären.

ist, aber gleichzeitig dieses Vermögen unter Berücksichtigung der Interessen eines anderen ¹⁾ verwalten muß. Dieses treuhänderische Moment ist die Folge davon, daß der Erblasser den Vorerben wie den einer TVg unterstellten Erben in der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit dinglicher Wirkung beschränkt und dadurch dem Nachlaß den Charakter eines Sondervermögens in der Person des Erben bzw. Vor = erben für die Dauer der Verwaltungszeit einräumt.

C. I. Der wesensmäßige Unterschied zwischen diesen beiden Fällen einer zweckgebundenen Zuwendung liegt allein darin, daß der Vorerbe - als beschränkter wie als unbe = schränkter Vorerbe - auch für seine Person wirklicher Erbe ist und als solcher in Form der Nutzungen an der Erbschaft selbst berechtigt ist, während der TV lediglich im Interesse und zum Nutzen des Erben tätig wird ²⁾. Der Vorerbe ist über seine Nutzungsberechtigung also unmittelbar an der Erbschaft selbst beteiligt, weshalb seine am In = teresse des Nacherben orientierte Verwaltung der Nachlaßsubstanz durchaus als "eigennützige" Treuhand verstanden werden kann.

II. Hingegen ist der TV in keiner Weise am Nachlaßvermögen selbst berechtigt ³⁾, d.h. ihm stehen keine nießbrauchsähnlichen Rechte zu. Er ist - im Gegensatz zum Vorerben - nicht um seiner selbst willen eingesetzt, sondern nur und ausschließlich im Interesse des Erblassers für den Erben tätig. Die Rechtsstellung des TV kann - insbesondere auch im Vergleich zu der des Vorerben - somit als "fremdnützige Treuhand" ⁴⁾ bezeichnet werden.

1) Kipp - Going S.210.

2) Die Vergütung des TV ist für diese dogmatische Unterscheidung ohne Bedeutung.

3) Vgl. z.B. Hildebrandt aaO S.156.

4) Dazu siehe Kipp-Going S.279,
Lange S.294.

D. I. Die entscheidende Frage ist nun, ob die Anordnung der TVg über ein Handelsgeschäft, die in Form einer Fremdverwaltung weder mit dinglicher noch mit schuldrechtlicher Wirkung durchgeführt werden kann, im Wege dieser "eigennützigen" Verwaltung der Vor- und Nacherbschaft realisiert werden kann.

II.1. Die Beantwortung der gestellten Frage hängt davon ab, ob die innere Wesensverwandtschaft zwischen der "eigennützigen" Stellung eines Vorerben und der "fremd = nützigen" Position eines TV in der Richtung der TVg noch stärker betont und ausgebaut werden kann.

2. - Es kommt demnach entscheidend darauf an, daß der mit der Zuwendung an den Vorerben und der Gestattung der Nutznießung verbundene Selbstzweck ohne Auswirkung auf den mittelbaren TV bleibt. Denn dieser ist ja gerade nicht wie ein Vorerbe um seiner selbst willen, sondern allein im Interesse einer Verwaltung und Sicherung der dem Erben gemachten Zuwendung eingesetzt.

3. Das wesentliche Hindernis, das Rechtsinsti = tut der Vor- und Nacherbschaft als Ersatzform einer un = durchführbaren TVg zu verwenden, besteht mithin in der nießbrauchsähnlichen Nutzungsberechtigung eines Vorerben. Diese Eigennützigkeit der Vorerbschaft entbehrt jedoch für die Person des TV jeder Berechtigung. Vielmehr ist aus der Anordnung des Erblassers zu entnehmen, daß der TV in keiner Weise hinsichtlich der Erbschaft selbst oder ihrer Gewinne beteiligt sein soll. Der Nutzen aus der Verwaltungstätigkeit soll nach dem - in der Anordnung der TVg - erklärten Willen des Erblassers allein dem Erben zufallen¹⁾. Denn dem Sinn der TVg als Sicherungs- und Schutzanordnung, durch welche das dem Erben zugewendete Vermögen zeitweilig von einem Dritten verwaltet werden soll, entspricht es, daß dem Erben auch als Folge der Vermögenszuwendung die Nutzungen dieses verwalteten Vermögens

1) Zum beabsichtigten Erfolg der angeordneten TVg vgl. Mains aaO S.191.

zufallen sollen. Diesem Wesenszug der Fremdnützigkeit jeder TVg trägt auch das Gesetz in § 2221 BGB Rechnung, wonach der TV einen Anspruch auf angemessene Vergütung hat, sofern der Erblasser dafür nicht bereits einen bestimmten Betrag festgesetzt hat.

Somit ergibt sich, daß der TV als Vorerbe nach Inhalt und Sinn der angeordneten TVg auf jeden Fall verpflichtet ist, die während seiner Verwaltungszeit als Vorerbe anfallenden Nutzungen und Gewinne an den Erben bzw. Nacherben herauszugeben. Diese Verpflichtung des TV, als Vorerbe die Nutzungen an den Nacherben herauszugeben, ist rechtlich als Auflage oder Vermächtnis zu qualifizieren. Die - hier durch die Anordnung der TVg konkludent erklärte - Bestimmung, daß die Einkünfte und Nutzungen der Vorerbschaft dem Nacherben gebühren sollen, wird auch allgemein für zulässig gehalten¹⁾. Wenn sich allerdings feststellen läßt, daß der Erblasser davon ausging, die Nutzungen sollten dem Nacherben bereits unmittelbar und mit dinglicher Wirkung anfallen, so soll die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft in Wahrheit als Einsetzung des Nacherben zum Vollerben und des Vorerben zum TV zu verstehen sein²⁾.

Jedoch kommt einerseits die Einsetzung eines "direkten" TV hier bekanntlich nicht in Betracht; andererseits gibt es im Falle einer Vor- und Nacherbschaft keine erbrechtliche Möglichkeit, dem Vorerben zwar den Nachlaß, dem Nacherben aber die Nutzungen mit dinglicher Wirkung zuzuwenden, da der Grundsatz der Universalsukzession eine dingliche Zuwendung einzelner Gegenstände - hier der Nutzungen - an eine andere Person als den Erben ausschließt.

1) RG Recht 1912 Nr.887; Planck A.4 a vor § 2100; § 2111 A.2 b -4; Kipp-Coing S.221 A.59; Lange S.245; vgl. RGR-K § 2099 A.6.

2) Lange aaO; Kipp-Coing aaO.

4. Ist somit das wesentliche Hindernis des in einer Vorerbschaft enthaltenen, auf einen TV jedoch erklärtermaßen nicht anwendbaren Selbstzweckes beseitigt, vielmehr der TV bereits auf Grund seiner Einsetzung verpflichtet, Erträge und Gewinne dem Erben bzw. Nacherben zu überlassen, so ergibt sich aus einer derartigen Rechtsgestaltung einer Vorerbschaft indessen eine neuerliche Schwierigkeit.

Nach der grundsätzlichen Ausgestaltung der Vor- und Nacherbschaft trifft den Vorerben einerseits die unbeschränkte Haftung, andererseits verbleiben ihm aber die Nutzungen. Es kann zweifelhaft sein, ob es mit dieser gesetzlichen Regelung sowie mit dem treuhänderischen Einschlag einer Vorerbschaft zu vereinbaren ist, dem Vorerben Nutzungen und Gewinn aus seiner Verwaltungstätigkeit zu Gunsten des Nacherben zu entziehen, ihm also weiterhin die unbeschränkte Haftung aufzuerlegen, ohne ihm für dieses übernommene Haftungsrisiko als Korrelat eine entsprechende Gewinnbeteiligung zuzubilligen. Die Vergütung, die der TV auch als Vorerbe für seine Verwaltungstätigkeit erhält, vermag diese Gefährdung seines privaten Vermögens naturgemäß nicht auszugleichen, da ihm diese Vergütung in gleicher Höhe ja bereits für seine Tätigkeit als "direkter" TV zusteht, in welchem Fall sein Privatvermögen grundsätzlich nicht, sondern nur unter der Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht (§ 2219_I BGB) betroffen werden kann. Eine Gewinnbeteiligung des TV als Entschädigung für das übernommene Haftungsrisiko kann indessen schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil sich aus der Anordnung der TVg durch den Erblasser in dieser Hinsicht kein Anhaltspunkt entnehmen läßt. Eine Gewinnbeteiligung des TV als Vorerben könnte mithin in ihrer Höhe nur willkürlich festgesetzt werden¹⁾.

Jedoch ist in der gesetzlichen Regelung der Vorerbschaft kein Hinweis dafür ersichtlich, daß die für den Regelfall

1) So kann die von Scheel (S.83) vorgeschlagene 30%-ige Gewinnbeteiligung des mittelbaren TV-i.S.der h.M.- nur aus Billigkeitsgründen vertreten werden.

getroffenen Vorschriften der Nutzungsberechtigung des Vorerben endgültig und zwingend sein sollen. Vielmehr läßt gerade der Umstand, daß eine abweichende Anordnung des Erblassers nicht ausgeschlossen wird, den Schluß zu, daß nach den allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen selbständige Auflagen und Vermächtnisse auch hier zulässig sind und dadurch Art und Umfang der Beteiligung des Vorerben an den Erträgen seiner Verwaltungstätigkeit vom Erblasser abweichend bestimmt werden können. Dem entspricht es, wenn ein schuldrechtlich wirkender Entzug der Nutzungen zu Gunsten des Nacherben allgemein für möglich gehalten wird¹⁾.

5. Wenn der Verwalter als Vorerbe somit auch persönlich haftet, jedoch nicht am anfallenden Gewinn teilhat, so setzt er sich bei der Verwaltung des Handelsgeschäftes einer Gefahr aus, die umso größer ist, als das betreffende Handelsgeschäft nicht oder nicht genügend liquide zu sein scheint. Diese Gefahr besteht je doch für die Lösung der h.M. insofern in einer durchaus vergleichbaren Weise, als sie dem TV im Falle der Treuhandlung einen unbegrenzten Regreßanspruch zubilligt, der für den TV nur von Interesse ist, wenn überhaupt ein nennenswertes Privatvermögen des Erben vorhanden ist. Ausschlaggebend sind deshalb für die Bereitschaft des TV zur Übernahme der Verwaltung regelmäßig allein der Bestand, die Höhe und die zukünftigen geschäftlichen Aussichten des Handelsgeschäftes oder, wenn das Handelsgeschäft nicht bereits den entscheidenden Nachlaßwert ausmacht, der Wert des gesamten Nachlasses. Dies gilt so wohl für den Fall einer treuhänderischen Fortführung i.S. der h.M. als auch für den TV als Vorerben. In beiden Fällen übernimmt er die Verwaltung nur, wenn er angesichts des Wertes des Handelsgeschäftes bzw. des Nachlasses darauf vertrauen kann, daß es zu einer persönlichen Inanspruchnahme nicht kommt.

1) Siehe oben S.100 (und A.1).

Ist dem Verwalter - sei er Vorerbe oder Treuhänder - im Hinblick auf den Nachlaßwert das Risiko einer persönlichen Haftung zu groß, so bleibt für die Treuhandlösung der h.M. wie für die hier zu untersuchende mittelbare TVg in Form einer Vor- und Nacherbschaft nur die Möglichkeit, das Geschäft zu verkaufen oder an den Erben herauszugeben, was auch noch im Verlaufe der Verwaltung erforderlich werden kann. Eine Vorerbschaft als Ersatzform einer undurchführbaren TVg über ein Handelsgeschäft kommt deshalb ernsthaft nur dort in Betracht, wo der Wert des Nachlasses und die Aussicht auf eine entsprechend angemessene Vergütung für den TV als Vorerben die Gefahr persönlicher Inanspruchnahme überwiegen. Anderenfalls wird sich in der Praxis kaum ein TV zur Übernahme der Verwaltung im Wege einer Vorerbschaft bereit finden.

6. Dieser Gefahr der persönlichen Haftung steht jedoch ein deutlicher Vorzug zur Lösung der h.M. gegenüber. Bei Zustimmung des Erben zu einer Bevollmächtigung des TV i.S. der Vollmachtlösung ist der TV nach § 2216 BGB gehindert, das Geschäft treuhänderisch zu übernehmen¹⁾. Der intern durch Auflage von der Geschäftsführung ausgeschlossene Erbe ist jedoch im Außenverhältnis zur Vornahme wirksamer Verfügungen und zu entsprechender Vereitelung der Fremdverwaltung durchaus in der Lage. Demgegenüber ist ihm als Nacherben die Geschäftsführung und Verfügungsbefugnis nicht nur schuldrechtlich, sondern mit dinglicher Wirkung versagt²⁾. Ihm stehen lediglich - ähnlich wie im Falle der TVg - gewisse Kontrollrechte zu. So ist der Vorerbe nach § 2121 BGB zur Erstellung und Herausgabe eines Verzeichnisses des Nachlasses verpflichtet; nach § 2127 BGB muß er dem Nacherben Auskunft erteilen; der Nacherbe kann evtl. Sicherheitsleistung des Vorerben verlangen³⁾.

1) BGH 12,100.

2) Vgl. Schwerdtfeger, Diss.S.52-53.

3) Vgl. dazu § 2128 BGB, ferner §§ 2215, 2218 I, II, 660 BGB im Falle einer TVg.

Darüber hinaus erfordert der Umstand, daß diese Vorerbschaft des Verwalters nur als Ersatz für die undurchführbare TVg Anwendung finden soll, auch für das Innenverhältnis zwischen Verwalter (als Vorerben) und Erben (als Nacherben) - über die bei der gesetzlichen Vorerbschaft intern geltenden Vorschriften hinaus - die Anwendung der besonderen, dem Schutze des Erben gegen über einem TV dienenden Bestimmungen nach § 2197 ff BGB. So ist der Verwalter trotz § 2131 BGB nicht zur eigenen üblichen Sorgfalt, sondern zur ordnungsgemäßen Verwaltung verpflichtet (§ 2216 BGB), worin jedoch keine besondere Verschärfung der Haftung liegt, da der Vorerbe gemäß § 2130₁ BGB die Erbschaft ohnehin in dem Zustande an den Nacherben herauszugeben hat, der sich aus einer ordnungsgemäßen Verwaltung ergibt¹⁾. Auch muß ein wichtiger Grund (§ 2227 BGB) den Erben zur Kündigung berechtigen, wodurch eine möglicherweise vom Erblasser bestimmte weitere Person die Verwaltung übernimmt oder aber der Nacherbfall eintritt. Ebenso muß der TV, gemäß § 2219 BGB, zum Schadenersatz verpflichtet sein. Schließlich muß der TV als Vorerbe den über das Handelsgeschäft hinausgehenden Nachlaß nach § 2217 BGB an den Erben herausgeben, wenn die TVg nur hinsichtlich des Handelsgeschäftes angeordnet und nicht der gesamte - dem Vorerben anfallende - Nachlaß einer TVg unterworfen ist. Demnach müssen im Innenverhältnis dieser Vorerbschaft die Vorschriften der TVg herangezogen werden und im Zweifelsfall ausschlaggebend sein.

7. Neben dem Vorteil der dinglichen Beschränkung wird im Wege der Vorerbschaft auch auf einwandfreie Weise die mit der angeordneten TVg erstrebte Schutz- und Sicherungswirkung bzgl. des anfallenden Nachlasses erreicht: der (Nach)- Erbe ist von Geschäftsführung und Verfügungen zwingend ausgeschlossen, und eine Haftungserstreckung auf sein persönliches Vermögen kann nicht

1) Lange S.245; Kipp-Coing (S.213) hält deshalb auch den Vorerben bereits für verpflichtet, den Nachlaß "ordnungsgemäß" zu verwalten.

eintreten.

Demgegenüber sollte dem Umstand, daß der Verwalter nicht als Fremd-, sondern als eigennütziger Treuhänder (Vorerbe) tätig wird, schon deshalb keine entscheidende Bedeutung zukommen, weil die Eigennützigkeit dieser Verwaltung durch den Gewinnentzug zu Gunsten des (Nach-) Erben ohnehin nur formaler Natur ist. Ebensowenig sollte die Gefahr einer eigenen Haftung des Verwalters dieser Lösung entgegenstehen, zumal auch die H.M. selbst in ihrer Treuhandlösung dem Verwalter ein vergleichbares Risiko zumutet.

Wenn jedoch, wie versucht wurde nachzuweisen, eine fremdnützige Verwaltung weder mit dinglicher Wirkung in Form der TVg noch mit nur schuldrechtlicher Wirkung im Wege einer Vollmacht auf oder über den Todesfall hinaus erreicht werden kann, so sollte die nunmehr beste Ersatzform - eigennützige, dinglich wirkende Verwaltung durch Annahme einer Vorerbschaft - nicht an formalen und begrifflichen Bedenken scheitern. Soll die Anordnung der TVg seitens des Erblassers nicht ohne jede praktische Auswirkung bleiben, so kann ihr nur in der Form der beabsichtigte Erfolg beschieden sein, daß der Verwalter treuhänderisch das Geschäft fortführt, indem er im Außenverhältnis als Vorerbe - ähnlich einem TV - eine dinglich wirkende Verfügungsbefugnis erhält, im Innenverhältnis aber als TV behandelt wird. Der Verwalter, dessen weitreichendem Außenverhältnis ein erheblich engeres Innenverhältnis gegenübersteht¹⁾, wird somit im echten und weitesten Sinne des Wortes als Treuhänder tätig.

E. Eine Lösung des Problems, wie im Falle eines Handelsgeschäftes eine angeordnete, aber undurchführbare TVg ihre praktische Wirkung entfalten kann, läßt sich also nur in einer Verbindung von Vorschriften und Grundgedanken der Vor- und Nacherbschaft mit der Regelung der gesetzlichen TVg (§ 2197 ff BGB) finden.

1) Lange S.245.

Schlußbemerkung:

Die hier vorgeschlagene und entwickelte Lösung ist entsprechend auf das ähnlich gelagerte Problem im Recht der Personalgesellschaften zu übertragen. Ordnet ein Personalgesellschaftler in einer Verfügung von Todes wegen über seinen - einem bestimmten Erben zugewendeten - Gesellschaftleranteil eine VerwaltungstVG an, so ist nach H.M., wie im Falle eines Einzelhandelsgeschäftes, eine TVg i.S. des § 2197 ff BGB wegen des vorrangigen handelsrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Haftung undurchführbar. Die von der h.M. angebotene mittelbare TVg in Form der Vollmachts- oder Treuhandlösung stößt in gleicher Weise auf die hier geäußerten Bedenken, die die Ablehnung dieser Meinung zur Folge hatten.

Auch die TVg bzgl. der Beteiligung eines Personalgesellschaftlers kann, allein angemessen und der Interessenlage entsprechend, nur im Wege einer Vor- und Nacherbschaft erfolgen.

Lebenslauf

am 27.4.1940 wurde ich als Sohn des Ing. Rudi Oberberg und seiner Ehefrau Hildegard, geb.Gebigke, in Remscheid-Lennep geboren.

Nach vierjährigem Besuch der dortigen Volksschule und nach neunjährigem Besuch des Gymnasiums legte ich Ostern 1960 am "Staatlichen Gymnasium" in Wipperfürth die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1960 begann ich mit dem Studium der Rechte an der Universität München, wo ich am 17.12.1963 das Referendar-Examen bestand.

Zur Zeit befinde ich mich in der Referendarausbildung im Bezirk des OLG Hamm.

